

الهداية

شرح

بداية المبتدي

للامام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني

رحمه الله تعالى المتوفى ٥٩٣هـ

مع

شرح العلامة عبد الحي اللكنوي

رحمه الله تعالى المتوفى ١٣٠٣هـ



اعتنى بإخراجه وتنسيقه وتخريج أحاديثه من نصب الراية والدراية

نعيم أشرف نور أحمد

من منشورات

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

٤٣٧ - دي ٥ گاردن ايست ٥ كراتشي ٥ ، پاكستان

الطبعة الأولى: .... ١٤١٧ هـ
الصف والطبع والإخراج: .... بإدارة القرآن كراتشي
أشرف على طباعته: .... فهيم أشرف نور

من منشورات
إدارة القرآن والعلوم الإسلامية
D/ ٤٣٧ گاردن ايست كراتشي ٥ - باكستان
الهاتف: ٧٢١٦٤٨٨ فاكس: ٧٢٢٣٦٨٨-٩٢٢١-٠٠
E. Mail: quran@biruni.erum.com.pk

ويطلب أيضا من:
المكتبة الإمدادية .... باب العمرة مكة المكرمه - السعوديه
مكتبة الإيمان .... السمانية، المدينة المنورة - السعودية
مكتبة الرشد .... الرياض - السعودية
إدارة إسلاميات .... انار كلي لاهور - باكستان

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع[(١)]

قال[(٢)]: البيع[(٣)] ينعقد[(٤)] بالإيجاب[(٥)] والقبول إذا كانا بلفظى الماضى، مثل أن يقول أحدهما: بعت، والآخر: اشتريت، لأن البيع[(٦)] إنشاء تصرف، والإنشاء يعرف بالشرع، والموضوع[(٧)] للإخبار قد استعمل فيه[(٨)]، فينعقد به، ولا ينعقد

---

(١) قوله: "كتاب البيوع" ذكر هذا الكتاب بعد الوقف لكون كل منهما مزيلا للملك، والبيع من الأضداد، وكذا الشراء، إلا أن البيع يقع غالبًا على إخراج المبيع عن الملك قصداً، ويتعدى إلى المفعول الثانى بنفسه، وبالواسطة تقول: باع الشيء منه وباعه الشيء والشراء يطلق غالبًا على إخراج الثمن عن الملك قصداً.

وشرعيته بالكتاب، قال الله تعالى: ﴿أحل الله البيع وحرم الربوا﴾، وإنما جمع لكثرة أنواعه، فإن له باعتبار المبيع أنواعاً أربعة: بيع سلعة بمثلها، ويسمى مقايضة، وبيعها بالثمن، ويسمى بيعا لكونه أكثر أنواع البيع وأشهرها، وبيع الثمن بالثمن ويسمى صرفًا، وبيع دين بعين، ويسمى سلماً، وقيل: إن أنواعه ترتقي إلى عشرين أو أكثر، والكل مذكور فى "النهاية"، وسيجيء ذكر بعضها. وركنه الإيجاب والقبول. وحكمه أى الأثر المرتب عليه المقصود من شرعية البيع الملك، أى القدرة على التصرف في المحل شرعًا، وله شرائط: ككون العاقد عاقلا مميزاً، وكون المبيع مالا متقوماً مقدور التسليم، وسيجيء ذكرها متشتتا. وفى "الكفاية": البيع مبادلة المال بالمال بالتراضى، وفيه: أنه غير مانع لصدقه على مبادلة المالين بطريق الهبة بشرط العوض مع أنه ليس ببيع ابتداء، وإن كان فى حكمه بقاء فالأولى أن يزاد فى حده لفظ التجارة، ويقال: هو مبادلة المال بالمال بالتراضى بطريق التجارة، ولم يرضَ شارح الغرر بقيد التراضى لإخراجه بيع المكره مع أنه منعقد وإن لم يلزم، ومن أورده ذهب إلى أنه ليس بيعًا. (ملخص الحواشى)

(٢) أي القدورى فى "مختصره". عينى.

(٣) اللام للاستغراق.

(٤) قوله: ينعقد، الانعقاد هنا تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعًا على وجه يظهر أثره في المحل. (ع)

قوله: ينعقد، هذا الكلام بظاهره يدل على أن البيع غير الإيجاب والقبول، وأنه ينعقد بهما مع أنهم صرحوا بأنهما ركنان للبيع كيف؟ وقد صرح صدر الشريعة فى "التوضيح" بأن البيع هو المجموع المركب من الإيجاب والقبول الموجودين حسًا المرتبطين ارتباطًا حكميًا، فلابد حينئذٍ من التأويل بأن يقال: إن المعنى البيع ينعقد من الإيجاب والقبول، أى حكم البيع يلزم بالإيجاب والقبول. (السقاية لعطشان الهداية من تصانيف مولانا محمد عبد الحليم)

(٥) قوله: "بالإيجاب إلخ" الإيجاب هو الإثبات سمى به أول كلام أحد العاقدين، سواء كان بعت أو اشتريت، لأنه يثبت للآخر خيار القبول، والقبول هو ثانى كلام أحدهما، سواء كان بعت أو اشتريت، وما فى "الكفاية": البيع عبارة عن أثر شرعى يظهر للمحل عند الإيجاب والقبول، حتى يكون العاقد قابلا للتصرف، انتهى، ففيه: أنه يشعر بكون الإيجاب والقبول خارجين عن البيع مع أنهما ركنان له على ما صرحوا به، اللّهم إلا أن يقال: إن لفظ البيع كما يطلق على نفس الإيجاب والقبول المرتبطين ارتباطًا شرعيًا كذلك يطلق على هذا الأثر الشرعى، تدبر. (مل)

(٦) قوله: "لأن البيع إلخ" [اللام للاستغراق" أى لأن البيع إنشاء تصرف شرعى وكل ماهو كذلك فهو يعرف بالشرع، فالبيع يعرف به، إما أن البيع إنشاء، فلأن الإنشاء إثبات ما لم يكن وهو صادق على البيع لا محالة، وإما كونه شرعيًا، فلأن الكلام فى البيع شرعًا، وأما أن كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع، لأن تلقى الأمور الشرعية لا يكون إلا منه والموضوع إلخ. (ع)

(٧) قوله: "والموضوع [أى لغةً] إلخ" أراد بالموضوع للإخبار لفظ الماضى إذ اللام فيه للعهد، فلا وجه للاعتراض عليه بأنه لا بد من ضم شيء إلى ذلك، وهو أن يقال: وكان استعماله بلفظ الماضى وإلا لا يتم الدليل. (درر)

بلفظين أحدهما لفظ المستقبل[١] بخلاف النكاح[٢] وقد مر الفرق[٣] هناك.

وقوله: رضيت[٤] بكذا[٥]، أو أعطيتك بكذا، أو خذه بكذا في معنى قوله: بعت واشتريت؛ لأنه يؤدى معناه، والمعنى هو المعتبر في هذه العقود[٦]، ولهذا ينعقد بالتعاطى[٧] في النفيس[٨] والخسيس، هو الصحيح[٩] لتحقق المراضاة[١٠].

---

(٨) أى شرعًا.

(١) قوله: "لفظ المستقبل [والآخر لفظ الماضى]" أراد بلفظ المستقبل صيغة الأمر، نحو: بعه منى بكذا، فقال: بعت، لأنه قال هناك مثل أن يقال: زوجنى، فيقول: زوجتك، فلا وجه لحمله على المضارع كما ذهب إليه بعض شراحه، نعم ينعقد به البيع إذا قارنه النية، كما نقل صاحب "النهاية" عن الطحاوى وتحفة الفقهاء. (درر)

قوله: لفظ المستقبل، المراد بالمستقبل الأمر لدلالة السياق، وهو قوله بخلاف النكاح إلخ، عليه ولا وجه لحمله على المضارع لإباء قوله لا ينعقد عنه، فإن عدم الانعقاد بلفظ المضارع مقيد بما إذا لم ينو به الحال فإنه ح يكون عدة لا بيعًا.

وأما إذا نوى به الحال فينعقد به البيع أيضًا كما هو مصرح في "غاية البيان"، ومن ههنا ظهر أن ما صنعه شيخ الإسلام بدر الدين العينى في "البناية شرح الهداية" من حمل لفظ المستقبل على الأمر والمضارع، وما فعله الإتزارى في "غاية البيان" من حمله على المضارع فقط ليس بجيد. فإن قلت: هذا يخالف ما ذكره المصنف بعد سطر من: أن خذه بكذا، في معنى بعت واشتريت، فإن قوله: خذه أمر، فكيف ينعقد به البيع؟ قلت: إنه ليس أمرًا بالبيع بل أمر بأخذه، وهو لا يكون إلا بالبيع، فيقدر البيع اقتضاء لتصحيح المنطوق، فمعنى قوله خذه بعت ذلك فخذه فالحاصل إن ما يدل على إنشاء البيع، ولو اقتضاء ينعقد به البيع، وما لا فلا، وإن شئت زيادة التفصيل في هذا المقام فارجع إلى شرح الهداية لأبى وأستاذى نور الله مرقده المسمى بـ"السقاية لعطشان الهداية". (عبد)

(٢) قوله: "بخلاف النكاح" فإنه لو قال زوجنى، فقال الولى: زوجتك ينعقد النكاح، والفرق أن النكاح لا يخلو عن تقدم الخطبة، والخُطبة وهما يدلان على أن المراد الحال، أما البيع فيقع بغتةً، فيجعل قوله: أبيعك عدة لا بيعًا، وبعنى استيامًا وطلبًا، وذا لا يدل على الوجود لا محالة. (ك)

(٣) قوله: "وقد مر" حيث قال في كتاب النكاح، ما توضيحه أن قوله زوجنى توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفى النكاح، فإن الوكيل في النكاح سفير ومعبر والتمانع في الحقوق دون التعبير، ولا يرجع الحقوق إليه، بخلاف البيع، لأنه مباشر حتى رجعت الحقوق إليه.

(٤) قوله: "رضيت إلخ" هذا لبيان أن انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بعت واشتريت بل كل ما دل على ذلك ينعقد به، فإذا قال: بعت منك هذا بكذا، فقال: رضيت، أو أعطيت أى الثمن أو قال: اشتريت منك هذا بكذا، فقال: رضيت، أو أعطيت أى المبيع بذلك الثمن انعقد لإفادة المعنى المقصود، وكذا إذا قال: اشتريت منك هذا بكذا، فقال: خذه، يعنى بعت بذلك فخذه، لأنه أمره بالأخذ بالبدل، وهو لا يكون إلا بالبيع، فقدر البيع اقتضاء لتصحيح كلام المنطوق. (ع)

(٥) من الدراهم.

(٦) قوله: "في هذه العقود" وقيد ذلك لأن بعض العقود قد تحتاج إلى اللفظ، ولا ينعقد بدونه كما في المفاوضة.

قوله: "ولهذا": أى لكون المعنى هو المعتبر في هذه العقود. (ع)

(٧) قوله: بالتعاطى هو في الأصل التناول من قولك، فلان يتعاطى هذا الأمر، أى يخوض فيه ويتناوله، والمراد ههنا إعطاء المبيع والثمن من الجانبين بلا إيجاب وقبول. وقيل: يكفى في التعاطى الإعطاء من أحد الجانبين كمن وضع فلسًا وأخذ قطعة حلواء مقدرة به. (مل)

(٨) قوله: "في النفيس إلخ" قيل: المراد بالنفيس ما يكثر ثمنه كالعبيد والإماء، وبالخسيس ما يقل ثمنه كالبقل والرمانة، والخبز، واللحم، وقد يفسر الأول بما يكون قيمته مثل نصاب السرقة أو فوقه، والثانى بما يكون قيمته دون نصاب السرقة. (چلپى)

قال[١] : وإذا أوجب[٢] أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار، إن شاء قبل فى المجلس[٣]، وإن شاء رده وهذا خيار القبول[٤]؛ لأنه[٥] لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد[٦] من غير رضاه[٧]، وإذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر، فللموجب أن يرجع[٨] لخلوه[٩] عن إبطال[١٠] حق الغير، وإنما يمتد[١١] إلى آخر المجلس، لأن المجلس[١٢] جامع للمتفرقات، فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعًا للعسر، وتحقيقًا لليسر، والكتاب[١٣] كالخطاب[١٤]، وكذا الإرسال[١٥]، حتى اعتبر

---

(٩) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول الكرخى فإنه قال: إنما ينعقد البيع بالتعاطى فى الأشياء الخسيسة. (ك)

(١٠) وهو المقصود.

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) بأن قال البائع مثلا: بعتك هذا بكذا. (عناية)

(٣) وإن طال. (درر)

(٤) أى هذا الخيار يسمى خيار القبول اصطلاحًا.

(٥) دليل للخيار.

(٦) بيع.

(٧) فما فرضناه بيعًا لم يكن بيعًا. (هف)

(٨) أى عن إيجابه قبل قبول الآخر.

(٩) قوله: "لخلوه [أى الرجوع] عن إلخ" فإن قيل: سلمنا إن إيجاب أحدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم ينحصر فى ذلك، فإن حق التملك يثبت للمشترى بإيجاب البائع، وهو حق للمشترى، فلا يكون الرجوع خاليًا عن إبطال حق الغير. فالجواب: أن الإيجاب إذا لم يكن مفيدًا للحكم، وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع، وحق التملك للمشترى إن سلم ثبوته بإيجاب البائع لا يمنع الحقيقة، لكونها أقوى من الحق لا محالة، ولا ينتقض بما إذا دفع الزكوة إلى الساعى قبل الحول، فإن المزكى لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع، لأن حقيقة الملك زالت من المزكى، فعمل الحق عمله لانتفاء ما هو أقوى منه. (ع)

(١٠) قوله: "عن إبطال" فإنه بمجرد إيجاب البيع لم يثبت للمشترى فى المبيع ملك، ولاحق قبل شراءه. (ك)

(١١) قوله: "وإنما يمتد [الخيار] إلخ" يجوز أن يكون جوابًا عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس، ولم لا يبطل الإيجاب عقيب خلوه عن القبول، أو يتوقف على ما وراء المجلس. وتقرير الجواب: أن فى إبطاله قبل انقضاء المجلس عسرًا بالمشترى، وفى بقاءه فيما وراء المجلس عسرًا بالبائع، وفى التوقف على المجلس يسرًا بهما جميعًا. (ع)

(١٢) قوله: "لأن المجلس إلخ" يعنى أن المشترى يحتاج إلى التأمل والتروّى أنه هل يوافقه أم لا؟ والمجلس جامع للمتفرقات، ألا ترى أنه لو كرر آية السجدة فى مجلس واحد تجب سجدة واحدة، فجعلت ساعات المجلس ساعة واحدة، فكان تمام المجلس بمنزلة ساعة واحدة، هى عقيب الإيجاب، وقيل: المراد بالمتفرقات: الساعات والآنات، والمراد بالمجلس إتمام ما كان فيه، تدبر. (مل)

(١٣) قوله: "والكتاب [من الغائب] إلخ" هو أن يكتب: أما بعد: فقد بعت عبدى فلانًا مثلا منك بألف درهم. فلما بلغه الكتاب قال فى مجلسه ذلك: اشتريت، أو قال: قبلت، تم البيع بينهما، والسر أن النبى ﷺ لما أمر بالتبليغ كان يبلغ الشرائع تارة بالكتاب وتارة بالخطاب، فلو لم يكن الكتاب كالخطاب لم يكن النبى ﷺ مبلغًا. (مل)

(١٤) من الحاضر.

مجلس بلوغ الكتاب، وأداء الرسالة، وليس له(١) أن يقبل في بعض المبيع، ولا أن يقبل المشتري(٢) ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة(٣) إلا إذا بين(٤) ثمن كل واحد؛ لأنه صفقات معنى، وأيهما(٥) قام(٦) عن المجلس(٧) قبل القبول بطل الإيجاب؛ لأن القيام دليل(٨) الإعراض والرجوع، وله ذلك(٩) على ما ذكرنا.

---

(١٥) قوله: "وكذا الإرسال" هو أن يرسل رسولا فيقول البائع: بعت هذا من فلان الغائب بألف درهم، فاذهب يا فلان! فقل له، فذهب الرسول فأخبره بما قال، فقال المشتري في مجلسه ذلك: اشتريت، أو قال قبلت، تم البيع بينهما؛ لأن الرسول معبر وسفير لنقل كلامه إليه، فإذا اتصل به الجواب ينعقد. (ك)

(١) قوله: "وليس له إلخ" أي ليس للبائع أن يقبل البيع في بعض المبيع، وهذا إذا أوجب المشتري في شيء كذا قال العيني، وقال في "الكفاية": إذا أوجب البائع البيع في شيئين أو ثلاثة، وأراد المشتري أن يقبل العقد في أحدهما دون الآخر فهذا على وجهين: إن كانت الصفقة واحدة فليس له ذلك، وإن كانت متفرقة فله ذلك. (مل)

(٢) قوله: "ولا أن يقبل المشتري" -بفتح الراء- المبيع ببعض الثمن، يعني أن البائع إذا أوجب في شيء بأن قال: بعته بألف، فقال المشتري: قبلت بخمس مائة فليس له ذلك فإن من العادات ضم الرديء بالجيد ليروج الرديء أيضاً، فلو ثبت الخيار بالقبول في أحدهما فيقبل المشتري الجيد، ويترك الرديء، وفيه ضرر للبائع. (عيني)

(٣) قوله: " الصفقة [-بالفتح- يك بار زدن دست در بيع. (من)]" ذكر في "المغرب": الصفقة ضرب اليد على اليد في البيع والشراء، ثم جعلت عبارة عن العقد بعينه. (ك)

(٤) قوله: "إلا إذا بين إلخ" استثناء من المسألة الأولى، وذلك بأن يقول: اشتريت أو بعت هذين العبدين، هذا بمائة وهذا بمائة، فللآخر أن يقبل في أيهما شاء، وقيل: إنه لا بد في تعدد الصفقة تكرار لفظ البيع، بأن يقول: بعتك هذين العبدين، بعتك هذا بمائة، وبعتك هذا بمائة، وأما إذا لم يعد لفظ البيع كانت الصفقة واحدة، فلا يصح قبول أحدهما، وإن سمى لكل واحد منهما ثمناً. (مل)

(٥) هذا لفظ القدوري. (عيني)

(٦) قوله: "وأيهما قام [أي من العاقدين] إلخ" هذا متصل بقوله: إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رده، وهو إشارة إلى أن رد الإيجاب تارة يكون صريحاً، وأخرى دلالة. (ع)

(٧) قوله: "عن المجلس" ههنا فوائد: الأولى: أن المذكور في عامة الكتب أن مطلق القيام سواء كان مقروناً بالانتقال أم لا دليل الإعراض، وقيد شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح "الجامع الصغير" بالذهاب عن ذلك المكان، وقال العيني في "البناية": قول المصنف: قام عن المجلس، دليل على أن الذهاب شرط، لأن القيام عنه يتحقق بالذهاب، فإنه لو لم يذهب لا يقال قام عنه، بل قام فيه. والثانية: أن إطلاق المصنف يشمل ما إذا قام لحاجة، كما في "الحاوي" لكن في "القنية" لو قام لمصلحة لا معرضاً لا يكون دليل الإعراض. والثالثة: أنه يفهم مما ذكره من الدليل أن كل ما يدل على الإعراض يبطل الإيجاب كالاشتغال بعمل آخر غير ما عقد المجلس له من أكل إلا إذا أكل لقمة أو شرب، إلا إذا كان القدح في يده، أو نوم إلا النوم جالساً، كذا في بعض الحواشي. (سقاية لعطشان الهداية)

(٨) قوله: "دليل الإعراض إلخ" فإن قلت: إذا قال بعد القيام: قبلت كان ينبغي أن ينعقد، لأن الصريح أقوى من الدلالة؟ قلنا: إن رجحان الصريح على الدلالة إنما يكون عند المعارضة، وذلك إنما يكون قبل أن يثبت الحكم بالدلالة، وههنا ثبت حكم الدلالة، وهو انفساخ العقد بمجرد القيام الذي هو دليل الإعراض، فلم يعمل بعد ذلك صريح القبول، فإن المفسوخ لا تلحقه الإجازة. (ك)

(٩) قوله: "وله ذلك أي لكل من العاقدين الإعراض والرجوع على ما ذكرنا من خيار الرجوع للموجب، وخيار القبول للآخر، وما قيل [القائل السيد مرجان الحيدر آبادي]: وله ذلك أي للموجب الرجوع، فتقصير، فلاتلتفت إليه. (مل)

وإذا[1] حصل الإيجاب والقبول لزم البيع[2]، ولا خيار[3] لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية، وقال الشافعي: يثبت[4] لكل واحد منهما خيار المجلس؛ لقوله عليه السلام*: «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا[5]»[6].

ولنا: أن في الفسخ إبطال حق الغير[7]، فلا يجوز، والحديث محمول[8] على خيار القبول، وفيه[9] إشارة إليه، فإنهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها، أو يحتمله، فيحمل[10] عليه، والتفرق[11] فيه تفرق الأقوال.

قال[12]: والأعواض[13] المشار إليها لا يحتاج[14] إلى معرفة مقدارها في

---

(١) هذا لفظ القدوري. (سقاية)

(٢) ويثبت الملك لكل منهما.

(٣) أي في الرجوع.

(٤) قوله: "يثبت إلخ" على معنى أن لكل من العاقدين بعد تمام العقدان يرد العقد بدون رضى صاحبه ما لم يتفرقا بالأبدان. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١، والدراية ج٢، الحديث ٧٦١ ص١٤٧. (نعيم)

(٥) بالأبدان.

(٦) أخرجه الأئمة الستة في كتبهم، واللفظ للنسائي، كذا قال الزيلعي في تخريجه.

(٧) أي الملك.

(٨) كما نقل عن إبراهيم النخعي.

(٩) قوله: "وفيه إشارة إليه" لأن الأحوال ثلاث: قبل قولهما، وبعد قولهما، وبعد كلام الموجب قبل قبول الآخر، وإطلاق المتبايعين في الأولين مجاز باعتبار ما يؤول إليه، أو ما كان عليه، والثالث حقيقة، فيكون مرادًا لما تقرر في موضعه، لأن اسم الفاعل حقيقة في الحال بمعنى أجزاء من أواخر الماضي، وأوائل المستقبل، وهي حالة المباشرة، بأن يقول أحدهما: قولا في المجلس، والآخر: متوقف فيه لا ما قبلها، ولا ما بعدها، لا يقال: العقود الشرعية في حكم الجواهر، فيكونان متبايعين بعد وجود كلامهما لأن الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما شرعًا لا حقيقة كلامهما، والكلام في حقيقة الكلام. (مل)

(١٠) قوله: "فيحمل عليه" أي عند قيام الدليل، وهو أن الحمل على خيار المجلس يوجب إبطال حق الغير. (مل)

(١١) قوله: "والتفرق فيه إلخ" اعلم أن خيار القبول ثابت ما لم يتفرقا قولا، فإن تفرقا قولا بأن قال أحدهما: بعت، والآخر: اشتريت لم يبق الخيار بعده، وهذا مبني على أن التفرق يطلق على الأعيان، والمعاني بالاشتراك اللفظي، وتترجح جهة التفرق بالأقوال بما ذكرنا، وهذا التأويل أعني حمل التفرق على الأقوال منقول عن محمد بن الحسن، كذا في "العناية". فإن قلت: ذكر ابن عمر الراوي: أن التفرق تفرق الأبدان، قلت: تأويل الراوي لا يكون حجة على غيره، ولا يكون ردًا لاحتمال آخر، كذا تقرر في الأصول. (مل)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) ثمنًا كان أو مثمنًا. (ك)

(١٤) قوله: "لا يحتاج إلخ" إلا في الأموال الربوية، فإن الأعواض إذا كانت منها كالدراهم، والدنانير، والحنطة، والشعير إذا بيعت بجنسها عند جهالة مقدارها لا يجوز وإن أشير إليها، لاحتمال الربا، وإنما ترك المصنف ؒ هذا الاستثناء،

جواز[1] البيع؛ لأن بالإشارة كفاية في التعريف[2]، وجهالة الوصف[3] فيه لا تفضي إلى المنازعة[4]، والأثمان[5] المطلقة[6] لا تصح[7] إلا أن تكون[8] معروفة[9] القدر والصفة؛ لأن التسليم والتسلم[10] واجب بالعقد، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة[11]، فيمتنع التسليم والتسلم، وكل[12] جهالة هذه صفتها تمنع الجواز، هذا[13] هو الأصل. قال[14]: ويجوز البيع بثمن[15] حال[16] ومؤجل[17] إذا كان الأجل معلومًا[18]؛ لإطلاق قوله تعالى[19]: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، وعنه

لأنها مما يتعلق بالربا، وهذا الباب ليس ببيانه. (چلپی)

(١) قوله: "في جواز البيع" احتراز عن السلم، لأن معرفة مقدار رأس المال شرط فيه عند أبي حنيفةؒ إذا كان مما يتعلق العقد على مقداره. (ك)

(٢) المنافي للجهالة المفضية إلى المنازعة. (عناية)

(٣) القدر.

(٤) بين العاقدين.

(٥) قوله: "والأثمان المطلقة" أي الكاملة في الثمنية، وهي الحجران لأنهما خلقا للثمنية.

قوله: "والأثمان المطلقة" هذا لفظ القدوري في "مختصره"، والمراد بالمطلقة على ما في الكفاية الكاملة في الثمنية، وهي الذهب والفضة، وقال في "العناية": المراد بها المطلقة عن الإشارة، وإليه مال الكاكي. (السقاية لعطشان الهداية)

(٦) أي عن الإشارة. (ع)

(٧) في العقد.

(٨) قوله: "إلا أن تكون إلخ" وصورة الأثمان المطلقة قبل بيان القدر والصفة، ما إذا قال: اشتريت هذا الشيء بالذهب، ولم يبين قدره ولا وصفه، وكذا لو قال: بالدراهم، وبيان القدر أن يقول: عشرة أو خمسة، وبيان الصفة أن يقول: بخاري أو سمرقندي. (ك)

(٩) معلومة.

(١٠) وهما إنما يتحققان إذا انتفت الجهالة المفضية إلى المنازعة، وهذه إلخ.

(١١) فهذا يطالبه جيدًا، وذاك يسلمه رديئًا.

(١٢) قوله: "وكل جهالة هذه صفتها" وهي كونها مفضية إلى المنازعة كما إذا كان مجهول القدر مشارًا إليه، وكما لو باع عبدًا من عبدين على أن المشتري بالخيار. (ك)

(١٣) قوله: "هذا" –أي ما ذكرنا من أن كل جهالة إلخ– هو الأصل، أي القاعدة الكلية في جواز البيع وانعقاده. (مل)

(١٤) أي القدوري. (عيني)

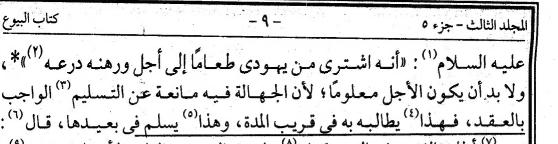
(١٥) قوله: "بثمن حال" أقول: الأعيان ثلاثة: نقود أعني الدراهم والدنانير، وسلع كالثياب، والدواب، والبيوت، وغير ذلك، ومقدرات كالمكيلات، والموزونات، والعدديات المتقاربة، وبيع غير النقدين بالنقدين يشتمل على المبيع المحض، والثمن المحض وما عدا ذلك فهو متردد بين كونه مبيعًا وثمنًا، والتمييز في اللفظ بدخول الباء وعدمه. (ع)

(١٦) قوله: "حال" واجب، ومنه الدين الحال يعني خلاف مؤجل. (من)

(١٧) فرصت داده شده مال. (من)

(١٨) لا مجهولا كقدوم الحاج.

(١٩) قوله: "لإطلاق إلخ" أقول فيه إشكال؛ لأن نص البيع مطلق كما قالوا، واشتراط معلومية الأجل بالدليل



عليه السلام[1] : «أنه اشترى من يهودى طعامًا إلى أجل ورهنه درعه[2]»*، ولا بد أن يكون الأجل معلومًا؛ لأن الجهالة فيه مانعة عن التسليم[3] الواجب بالعقد، فهذا[4] يطالبه به في قريب المدة، وهذا[5] يسلم فى بعيدها، قال[6]: ومن[7] أطلق الثمن فى البيع كان[8] على غالب نقد البلد؛ لأنه المتعارف[9]، وفيه[10] التحرى[11] للجواز، فيصرف[12] إليه، فإن كانت[13] النقود مختلفة[14] فالبيع فاسد، إلا أن يبين أحدها، وهذا[15] إذا كان الكل فى الرواج سواء؛ لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة[16]، إلا أن ترتفع الجهالة بالبيان، أو يكون أحدها أغلب وأروج، فيحنئذٍ يصرف إليه تحريًا للجواز، وهذا[17] إذا كانت مختلفة فى المالية، فإن[18]

العقلى تقييد المطلق بالرأى، وهو غير صحيح لما تقرر فى الأصول: أن تقييد المطلق نسخ، ونسخ الكتاب بالرائ لا يجوز. (درر)

(١) قوله: "وعنه عليه السلام إلخ" قلت: أخرجه البخارى، ومسلم عن الأسود عن عائشة: «أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودى طعامًا إلى أجل، ورهنه درعًا له من حديد»، انتهى، وفى لفظ البخارى: «ثلاثين صاعًا من شعير»، وهذا اليهودى اسمه أبو الشحم. (ت)

(٢) الدرع -بالكسر- زره. (من)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤، والدراية ج٢، الحديث ٧٦٢ ص١٤٧. (نعيم)

(٣) أى تسليم الثمن.

(٤) البائع.

(٥) المشترى.

(٦) القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "ومن أطلق الثمن [أى عن ذكر الصفة. (ع)] إلخ" أى ذكر القدر دون الصفة، بأن قال: اشتريته بعشرة دراهم، ولم يقل: إنها بخارية، أو سمرقندية، فإنه لو لم يذكرها كانت هذه المسألة عين المسألة الأولى قبل الاستثناء، ولو ذكرها كان عين تلك المسألة بعد الاستثناء، وهى قوله: والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة، كذا فى "الكفاية" وفى "البداية"، وإنما أورد مسألة إطلاق الثمن ليبين أن تعريف الصفة كما يحصل بالتنصيص يحصل بطريق الدلالة باعتبار العرف وكثرة الاستعمال. (مل)

(٨) قوله: "كان على غالب نقد البلد" أى البلد الذى جرى فيه البيع، لا بلد المتبايعين، وفى "الدرر": النقد ما ليس مصوغًا من الذهب والفضة مسكوكًا أولا. (مل)

(٩) والمعروف كالمشروط.

(١٠) وكلام العاقل البالغ لا يحمل على الهدر.

(١١) طلب.

(١٢) البيع.

(١٣) فى البلد.

(١٤) فى المالية.

(١٥) قوله: "وهذا" أى الفساد على تقدير عدم البيان، والجواز على تقدير البيان. (مل)

(١٦) المانعة من التسليم والتسلم. (عناية)

(١٧) قوله: "وهذا" أى فساد البيع إذا كانت مختلفة فى المالية يعنى مع الاستواء فى الرواج، وإنما أعاده للتنبيه على

كانت[1] سواء فيها[2]، كالثنائي[3] والثلاثي، والنصرتي[4] اليوم بسمرقند[5]، والاختلاف[6] بين العدالي بفرغانة جاز[7] البيع إذا أطلق اسم الدرهم، كذا قالوا[8]، وينصرف[9] إلى ما قدر[10] به من أي نوع كان؛ لأنه لا منازعة ولا اختلاف في المالية. قال[11]: ويجوز بيع[12] الطعام والحبوب مكايلة[13] ومجازفة[14]،

أن المراد بالمختلفة في المتن المختلفة في المالية. (مل)

(١٨) شرط.

(١) النقود.

(٢) أي في المالية مع الاستواء في الرواج. (ع)

(٣) قوله: "كالثنائي والثلاثي" مثال للنقود المتساوية في المالية، واختاره صاحب الكفاية حيث قال: يكون النقد الواحد آحاديًا، وهو أن يكون الواحد منه درهما، والآخر ثنائيًا، وهو أن يكون الإثنان منه درهمًا، والآخر ثلاثيًا، وهو أن يكون الثلث منه درهمًا، فمالية الاثنين أو الثلث كمالية الواحد من الآحادي، ولا يسمى الواحد من الثنائي والثلاثي درهما في ذلك العرف بل ينصرف الدرهم في عرفهم إلى أحد الأشياء، وهو الواحد من الآحادي والاثنان من الثنائي والثلث من الثلاثي، فحينئذ يصح العقد على الدرهم المطلق، انتهى. ويؤيده ما قال في "الدرر شرح الغرر": فإن استوت المالية أيضًا، كما استوى الرواج، واختلف الاسم كالآحادي والثنائي والثلاثي، صح إن أطلق اسم الدرهم على كل منها حيث يطلق على الواحد من الأول والاثنين من الثاني، والثلث من الثالث اسم الدرهم، وينصرف إلى ما قدر به من كل نوع مثلا: إذا باع عبدًا بألف درهم فله أن يعطي ألفا من الآحادي، أو ألفين من الثنائي، أو ثلاثة آلاف من الثلاثي. هذا ما ذكر في "الكافي"، وأراد صاحب "الهداية"، انتهى ملخصًا، وهكذا نقل الحلبي في "ذخيرة العقبى"، وظهر من هذا أن كلام الشارح بريء عن التعقيد، وقد زل ههنا قدم صاحب "العناية"، وفهم ما لا يذهب إليه ذهن الذاهن.
وقال: إن في كلام الشارح تعقيدًا، وهو أن قوله: كالثنائي إلخ مثال للنقود المختلفة في المالية، فلزم الفصل بين قوله: إذا كانت مختلفة في المالية، ومثاله وهوقوله: كالثنائي بالشرط، وهو قوله: فإن كانت سواء فيها، ولزم الفصل بين هذا الشرط وبين جزاءه، وهو قوله: جاز البيع بقوله: كالثنائي إلى قوله: جاز، ولا يستقيم أن يجعل قوله: كالثنائي إلخ متعلقًا بقوله: فإن كانت سواء، لأن الثنائي وهو ما كان اثنان منه دانقًا، والثلاثي وهو ما كان ثلاثة منه دانقًا لا يكون في المالية سواء، لكن يمكن أن يكون في الرواج سواء، انتهى ملخصا، تدبر. (مولانا عبد الحليم رح)

(٤) قوله: "والنصرتي" درهم منسوب إلى والي سمرقند، وهو نصرة الدين. (مير جان)

(٥) متعلق بالكل.

(٦) قوله: "والاختلاف إلخ" أي كالاختلاف الواقع بين العدالي الرائج بفرغانة من توابع تاشكند، وفقهاء ماوراء النهر يسمون الدرهم عدليًا. (مير جان)

(٧) جزاء.

(٨) أي المتأخرون من المشايخ. (ع)

(٩) قوله: "وينصرف" أي اسم الدرهم إلى ما قدر به من المقدار كعشرة ونحوه من أي نوع كان من غير تقييد بنوع معين، لأنه لا منازعة لاستواءهما في الرواج، ولا اختلاف في المالية. (عناية)

(١٠) تخمين.

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) قوله: "بيع الطعام والحبوب" المراد بالطعام الحنطة ودقيقها؛ لأنه يقع عليهما عرفًا، وسيأتي في الوكالة، وبالحبوب غيرهما كالعدس والحمص وأمثالهما. (ع)

وهذا[١] إذا باعه[٢] بخلاف جنسه، لقوله عليه السلام[٣]: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم[٤] بعد أن يكون[٥] يداً بيد»*، بخلاف ما إذا باعه بجنسه مجازفة[٦]، لما فيه من احتمال الربا، ولأن الجهالة[٧] غير مانعة من التسليم والتسلم، فشابه[٨] جهالة القيمة. قال[٩]: ويجوز[١٠] بإناء بعينه لا يعرف مقداره، وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره؛ لأن الجهالة لا تفضى إلى المنازعة، لما أنه يتعجل فيه[١١] التسليم[١٢]، فيندر هلاكه[١٣] قبله، بخلاف[١٤] السلم؛ لأن التسليم فيه متأخر[١٥]، والهلاك[١٦] ليس بنادر قبله، فيتحقق المنازعة.

---

(١٣) بجنسه أو بخلافه. (ع)

(١٤) قوله: "ومجازفة [المجازفة [تخمين]: الحدس في البيع والشراء. (ق)]" هو البيع بالحدس والظن بلا كيل ووزن. (عيني)

(١) أي جواز البيع مجازفة.

(٢) قوله: "إذا باعه إلخ" هذا إنما يفيد فيما إذا كان شيئاً يدخل تحت الكيل، فأما إذا كان قليلا فيجوز بيع البعض بالبعض مجازفة، وإن كان في جنس واحد حتى لو باع نصف منّ من الحنطة بمنوين من الحنطة يجوز، كذا في "الذخيرة". (ك)

(٣) قوله: "لقوله عليه السلام: «إذا اختلف إلخ» قلت: غريب بهذا اللفظ، وروى الجماعة إلا البخاري من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يداً بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»، انتهى. (ت)

(٤) مكايلة أو مجازفة.

(٥) البيع.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤، والدراية ج٢، الحديث ٧٦٣ ص١٤٧. (نعيم)

(٦) فإنه لا يجوز.

(٧) في البيع.

(٨) قوله: "فشابه جهالة القيمة" بأن اشترى شيئاً بدرهم، ولم يدر قيمته أ زائد أو ناقص يجوز؛ لأن هذه الجهالة لا تفضى إلى المنازعة، والمانع هي الجهالة المفضية إلى المنازعة، كذا قال العيني، والفرق بين الثمن والقيمة: أن الثمن ما يتقرر بين العاقدين، والقيمة ما يقرره المقومون دون العاقدين، كذا قيل. (مل)

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) قوله: "ويجوز بإناء بعينه إلخ" وعن أبي يوسف رحمه الله في بيع المعين إن عين مكيالا ينكبس بالكبس كالزنبيل ونحوه لا يجوز العقد فيه؛ لأنه يتمكن المنازعة بينهما في الكيل، وإن كان شيئاً لا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة ونحوها يجوز. (ك)

(١١) أي في البيع الحال.

(١٢) أي تسليم المبيع.

(١٣) أي هلاك كل من الإناء المعين والحجر المعين.

(١٤) قوله: "بخلاف السلم" وهو بيع آجل بعاجل، فلا يجوز بإناء لا يعرف مقداره، أو بحجر لا يعرف مقداره. (مل)

(١٥) أي إلى الأجل.

(١٦) أي هلاك الإناء المعين، أو الحجر المعين.

وعن أبي حنيفة[١] أنه لا يجو في البيع أيضًا، والأول أصح وأظهر.

قال[٢]: ومن باع صُبرة[٣] طعام كل قفيز[٤] بدرهم جاز البيع في قفيز[٥] واحد عند أبي حنيفة إلا أن يسمى[٦] جملة قفزانها. وقالا: يجوز[٧] في الوجهين[٨]، له: أنه تعذر الصرف[٩] إلى الكل لجهالة المبيع والثمن[١٠]، فيصرف[١١] إلى الأقل، وهو معلوم إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان، أو بالكيل في المجلس[١٢]، وصار هذا[١٣] كما لو أقر وقال: لفلان على كل درهم فعليه درهم واحد بالإجماع.

ولهما: أن الجهالة بيدهما[١٤] إزالتها، ومثلها غير مانع[١٥] كما إذا باع[١٦] عبدًا

---

(١) قوله: "وعن أبي حنيفة رح" في رواية الحسن بن زياد: أنه أي العقد بإناء بعينه لا يعرف قدره، وبوزن حجر بعينه لا يعرف قدره لا يجوز في البيع أيضًا، كما لا يجوز في السلم؛ لأن البيع في المكيلات والموزونات إما أن يكون مجازفة، أو بذكر القدر، ففي المجازفة المعقود عليه ما يشار إليه، وعند ذكر القدر المعقود عليه ما سمى من القدر، ولم يوجد شيء منهما، فإنه ليس بمجازفة، ولا يشترط فيه الكيل إذا لم يكن المكيال معلومًا، والأول أي جواز البيع بهما أصح من حيث الدليل، فإن المعيار المعين لم يتباعد عن المجازفة، وأظهر من حيث الرواية. (مل)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) الصبرة -بالضم- ما جمع من الطعام بلا كيل ووزن: توده. (ق)

(٤) قوله: "كل قفيز إلخ" القفيز مكيال قاله في المغرب، ولم يبين قدره، كذا قال العيني، وفي بعض كتب اللغة: أن القفيز مكيال قدر لاثني عشر صاعًا. (مل) قوله: "كل قفيز" نقل في البناية عن الجوهري أن القفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك مكيال، وهو ثلاث كيلجات، والكيلجة: منان وسبعة أثمان من، والمن: رطلان، والرطل: ثنتا عشرة أو قية، والأوقية: أستار وثلثا أستار، والأستار: أربعة مثاقيل ونصف، والمثقال: درهم وثلث أسباع درهم. (السقاية)

(٥) لا في الكل.

(٦) أو بكيلها.

(٧) في الكل.

(٨) أي سمى جملة القفزان أو لم يسم. (ك)

(٩) أي صرف البيع.

(١٠) قوله: "لجهالة المبيع والثمن" للجهالة قد تفضي إلى المنازعة، لأن البائع يطالب من المشتري قبض الثمن أو لا، والثمن غير معلوم، وهذا لا يدفع ما لم يعرف قدر ما وجب عليه من الثمن، وذلك إنما يكون عند عرفان قدر المبيع، فيتنازعان. (ك)

(١١) البيع.

(١٢) قوله: "في المجلس" قيد به لأنه إذا كال بعد الافتراق منه لا يصح، لأن ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة، فالعلم فيه كالعلم في حالة العقد، أما لو افترقا تقرر الفساد، فلا ينقلب جائزًا. (عيني)

(١٣) فإن كلمة "كل" إذا أضيفت إلى ما لا يعلم منتهاه فإنها تتناول أدناه. (كافي)

(١٤) قوله: "بيدهما إزالتها" فإنها ترتفع بكيل كل منهما، فإن قدر المبيع كما يعلم بكيل البائع فكذلك يعلم بكيل المشتري، فكان إزالة الجهالة بيدهما، وقيد بقوله: بيدهما، احترازًا عن البيع بالرقم فإنه لا يجوز، لأن إزالتها إما بيد البائع إن كان هو الراقم، أو بيد الغير إن كان غيرهما، وعلى كل حال فالمشتري لا يقدر على إزالته، كذا في "العناية". (مل)

(١٥) من صحة العقد.

من عبدين على[١] أن المشترى بالخيار، ثم إذا جاز[٢] فى قفيز واحد عند بى حنيفة فللمشترى[٣] الخيار لتفرق[٤] الصفقة عليه، وكذا[٥] إذا كيل فى المجلس، أو سمى جملة قفزانها، لأنه[٦] علم بذلك الآن فله الخيار[٧]، كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع. ومن[٨] باع قطيع[٩] غنم، كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبى حنيفة، وكذلك[١٠] من باع ثوبًا مذارعة[١١]، كل ذراع بدرهم، ولم يسم[١٢] جملة الذرعان، وكذا[١٣] كل معدود متفاوت[١٤]. وعندهما يجوز فى الكل[١٥] لما قلنا[١٦]، وعنده ينصرف إلى الواحد لما بينا[١٧] غير أن بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا

---

(١٦) قوله: "كما إذا باع إلخ" وأجيب لأبى حنيفة رح أن القياس فيه الفساد أيضًا، إلا أنا جوزناه استحسانًا بالنص، ومعناه: أنه فى معنى ما ورد به النص على ما سيأتى، فيكون ثابتًا بدلالة النص، والاستحسان بالنص لا يتعدى إلى غيره، فلهذا لم يجوزه أبو حنيفة رح فيما نحن فيه قياسًا واستحسانًا. (عناية)

(١) قوله: "على أن المشترى بالخيار" إن شاء أخذ هذا وإن شاء أخذ ذلك، فإذا أخذ أيهما شاء ارتفعت الجهالة، فكذا ههنا. (عينى)

(٢) البيع.

(٣) قوله: "فللمشترى إلخ" ولا خيار للبائع، وإن تفرقت الصفقة عليه أيضًا، لأن التفرق جاء منه، وهو امتناعه عن تسميته جملة القفزان أو الكيل فى المجلس، فيكون راضيًا به. (عينى)

(٤) قوله: "لتفرق الصفقة عليه" وهذه المسألة مجتهد فيها لا يعرف حكمها كل فقيه، فكيف العامى، فإذا لم يكن المشترى عالمًا بأن العقد واقع على قفيز واحد، وقد علم الآن يثبت الخيار عند العلم. (ك)

(٥) أى للمشترى الخيار.

(٦) قوله: "لأنه علم بذلك إلخ" فربما كان فى حدسه وظنه أن الصبرة تأتى بمقدار ما تحتاج إليه، فزادت، وليس له من الثمن ما يقابله، ولا يمكن أخذ الزائد مجانًا، وفى تركه تفريق الصفقة على البائع، أو نقصت، فيحتاج إلى أن يشترى من مكان آخر هل يوافق أو لا؟. (ع)

(٧) ويسمى هذا خيار الكشف. (ك)

(٨) هذه من مسائل القدورى. (سقاية)

(٩) القطيع كأمير الطائفة من الغنم: گله. (ق)

(١٠) أى فسد البيع.

(١١) أى على أن البائع والمشترى يذارعانه.

(١٢) قوله: "ولم يسمّ جملة الذرعان" وجملة الثمن، وأما إذا بينهما، أو بين أحدهما كما إذا قال: بعتك هذا الثوب، وهى عشرة أذرع بعشرة دراهم، كل ذراع بدرهم. أو قال: بعتك هذا الثوب وهى عشرة أذرع، كل ذراع بدرهم، أو قال: بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم، كل ذراع بدرهم فصحيح. (ع)

(١٣) أى فسد البيع.

(١٤) قوله: "متفاوت" أى فى القيمة كالبطيخ، والرمان، والسفرجل، والخشب، والأوانى. (چلپى)

(١٥) من قطيع غنم وغيره.

(١٦) من أن الجهالة بيدهما إلخ.

(١٧) من أنه تعذر الصرف إلخ.

يجوز للتفاوت[١]، وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت، فلا تفضى الجهالة إلى المنازعة فيه، وتفضي إليها في الأول[٢]، فوضح الفرق.

قال[٣]: ومن ابتاع[٤] صبرة طعام على أنها مائة قفيز بمائة درهم، فوجدها أقل[٥] كان المشترى بالخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن، وإن شاء فسخ البيع؛ لتفرق الصفقة عليه[٦] قبل التمام[٧]، فلم يتم رضاه بالموجود، وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع؛ لأن[٨] البيع وقع على مقدار معين[٩]، والقدر ليس بوصف.

ومن[١٠] اشترى ثوبًا على أنه عشرة أذرع بعشرة، أو أرضًا على أنها مائة ذراع بمائة، فوجدها أقل، فالمشترى بالخيار، إن شاء أخذها بجملة الثمن[١١]، وإن شاء ترك؛ لأن الذراع وصف في الثوب[١٢]؛ ألا ترى[١٣] أنه عبارة عن الطول والعرض، والوصف[١٤] لا يقابله شيء من الثمن كأطراف[١٥] الحيوان[١٦]، فلهذا[١٧]

---

(١) في الآحاد.

(٢) أي بيع شاة من قطيع، وذراع من ثوب.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) اشترى.

(٥) كتسعين قفيزاً مثلا.

(٦) لانعدام الرضاء والقبض.

(٧) أي تمام العقد.

(٨) قوله: "لأن البيع وقع على مقدار معين" وكل ما وقع على مقدار معين لا يتناول غيره إلا إذا كان وصفًا، والقدر الزائد على المقدار المعين ليس بوصف، فالبيع لا يتناوله. واختلف المشايخ في الفرق بين الوصف والأصل، أي القدر، فقيل: إن ما يتعيب بالتبعيض والتشقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف، وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه أصل، وقيل: الوصف ما لوجوده تأثير في تقوم غيره، ولعدمه تأثير في نقصان غيره، والأصل ما ليس كذلك، وقيل: ما يكون تابعًا لشيء غير منفصل عنه، وإذا حصل فيه يزيده حسنًا، وكما لا فهو وصف، وما ليس كذلك فهو أصل.

وزبدة الكل أن القلة والكثرة في المكيلات والموزونات أصل، والذراع في المذروعات وصف، ألا ترى أنه إذا انتقص قفيز من مائة قفيز لا يتعيب الباقي، بل يشترى بالثمن الذي كان بحصته مع القفيز الواحد. والذراع الواحد من الثوب أو الدار إذا فات لا يشترى الباقي بالثمن الذي كان يشترى معه، فإن الثوب العبائي إذا كان خمسة عشر ذراعًا، ويشترى بخمسة دنانير، فإذا انتقص خمسة أذرع منه لا يشترى الباقي بعشرة دنانير. (مل)

(٩) أي مائة قفيز.

(١٠) هذه من مسائل "مختصر القدوري". (سقاية)

(١١) المسمى.

(١٢) المبيع.

(١٣) قوله: "ألا ترى أنه إلخ" الاستدلال بأن الذراع عبارة عن الطول والعرض، وهما من الأعراض غير مستقيم، لأنه كما يجوز أن يقال: شيء طويل وعريض، يقال: شيء قليل أو كثير، ثم عشرة أقفزة أكثر من تسعة لا محالة، فكيف جعل الذراع الزائد وصفًا دون القفيز؟ (چلپي)

(١٤) قوله: "والوصف [اللام للاستغراق] لا يقابله شيء من الثمن [كبرى]" وإلا يلزم تسوية الأصل والتبع، والمراد

يأخذه[1] بكل الثمن، بخلاف الفصل[2] الأول؛ لأن المقدار يقابله الثمن، فلهذا يأخذه[3] بحصته، إلا[4] أنه يتخير لفوات الوصف المذكور، لتغير المعقود عليه[5]، فيختل الرضا. وإن وجدها أكثر من الذراع الذى سماه[6] فهو للمشترى، ولا خيار للبائع، لأنه[7] صفة[8]، فكان[9] بمنزلة ما إذا باعه معيبًا[10]، فإذا هو سليم.

ولو[11] قال: بعتكها[12] على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم، فوجدها ناقصة، فالمشترى بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن، وإن شاء ترك، لأن[13] الوصف[14] وإن[15] كان تابعًا لكنه[16] صار أصلا بإفراده بذكر الثمن، فنزّل[17]

الوصف من حيث هو وصف لا إذا كان مقصودًا، كما سيأتى. (مل)

(١٥) قوله: "كأطراف الحيوان [تنوير للكبرى]" حتى إنه إذا اشترى جارية فأعورت فى يد البائع قبل التسليم لا ينتقص شىء من الثمن، وكذلك إذا اشترى جارية فأعورت فى يد المشترى، ثم أراد أن يبيعها مرابحة كان له ذلك بدون البيان على ما سيجىء فى باب المرابحة والتولية. (نهاية)

(١٦) أى أعضاءه.

(١٧) أى لكون الذراع وصفًا لا يقابله شىء من الثمن.

(١) أى الموجود.

(٢) أى المكيل.

(٣) الموجود.

(٤) قوله: "إلا أنه يتخير إلخ" استثناء من قوله: فلهذا يأخذه بكل الثمن. (ع)

(٥) أى المبيع الذى أراد اشتراءه.

(٦) أى عينه.

(٧) ذراع.

(٨) لا يقابلها شىء من الثمن.

(٩) هذا.

(١٠) كأنه كان أعمى.

(١١) هذه من القدورى. (سقاية)

(١٢) قوله: "بعتكها [أى الأرض]" أنّث الضمير، وذكر قبله لفظ الثوب على تأويل الثياب أو المذروعات، لأن لفظ عشرة أذرع دال عليها. (نهاية)

(١٣) دليل لقوله: بحصتها من الثمن.

(١٤) أى الذراع.

(١٥) وصلية.

(١٦) قوله: "لكنه صار أصلا بإفراده إلخ" حيث قال: كل ذراع بدرهم، فكان أصلا، لأن مقابلة الثمن من خواص كونه أصلا، إذ الثمن لا يقابل الأوصاف، فنزل إلخ. (ك)

(١٧) قوله: "فنزل إلخ" فيه بحث فإن كل ذراع إن كان بمنزلة ثوب على حدة فسد البيع إذا وجدها أكثر أو أقل، كما لو كان العقد واردًا على أثواب عشرة، وقد وجدت أحد عشر أو تسعة على ما يأتى. والجواب أن الأثواب مختلفة،

كل ذراع[١] بمنزلة ثوب، وهذا[٢] لأنه لو أخذه بكل الثمن لم يكن[٣] آخذًا لكل ذراع بدرهم. وإن وجدها زائدة فهو بالخيار إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم، وإن شاء فسخ البيع؛ لأنه[٤] إن حصل له الزيادة فى الذرع تلزمه زيادة الثمن، فكان[٥] نفعًا يشوبه ضرر فيتخير، وإنما يلزمه الزيادة[٦] لما بينا أنه[٧] صار أصلا[٨]، ولو أخذه بالأقل لم يكن آخذا بالمشروط[٩]. ومن[١٠] اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام[١١]، فالبيع فاسد عند أبى حنيفة، وقالا: هو جائز، وإن اشترى عشرة أسهم من مائة[١٢] سهم[١٣] جاز فى قولهم جميعًا. لهما: أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار، فأشبه[١٤] عشرة أسهم[١٥]. وله: أن الذراع اسم[١٦] لما يذرع[١٧] به، واستعير لما

فيكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضى إلى المنازعة، والذرعان من ثوب واحد ليست كذلك. (ع)

(١) فقلة الأصل تقتضى قلة الثمن.

(٢) أى أخذها بحصتها من الثمن.

(٣) قوله: "لم يكن آخذًا إلخ" وهو لم يبع إلا بشرط أن يكون كل ذراع بدرهم، فإن كلمة على تأتى للشرط كما عرف فى موضعه. (ع)

(٤) دليل لخيار الفسخ.

(٥) أى زيادة الذرع.

(٦) أى زيادة الثمن.

(٧) أى الذراع.

(٨) بإفراده بذكر الثمن.

(٩) أى كل ذراع بدرهم.

(١٠) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (سقاية)

(١١) قوله: "من دار أو حمام" أعنى أن يكون المبيع مما ينقسم، أو مما لا ينقسم. (ع)

(١٢) من دار أو حمام.

(١٣) السهم النصيب. (ص)
بالفتح: بهره. (مب)

(١٤) فى كونها عشراً، فتخصيص الجواز بأحدهما تحكم. (ع)

(١٥) من مائة سهم. (كافى)

(١٦) قوله: "اسم لما يذرع به إلخ" يعنى أن الذراع وإن كان فى الحقيقة الآلة التى يذرع بها كالخشب مثلا لكن إرادتها ههنا متعذرة، فيصير مجازاً لما يحله من قبيل إطلاق الحال وإرادة المحل، وما يقع عليه الذراع جزء معين لا شائع، لأن الشائع لا يتصور أن يذرع، فلم يصح أن يستعار الذراع له، لأن الشائع ليس بمحل له، فكان المسمى فى العقد جزء معينًا مشخصًا، لأنه فعل حسى يقتضى محلا حسيًا، والمشاع ليس كذلك، ألا ترى أن العبد إذا كان مشتركًا بين اثنين، فأحدهما يتمكن من بيع نصيبه، ولكن لا يتمكن من ضرب نصيبه، فإن الملك شائع شرعى، فيكون محلا للتصرفات الشرعية لا الحسية، فما يحله الذراع معين باعتبار حلول الأمر الحسى فيه، ومجهول فى نفسه، فإن جوانب الدار متفاوتة فى الجودة والمالية، فيختلف قيمتها بالضرورة، فيؤدى إلى المنازعة المفضية إلى الفساد، فلا يصح البيع. (چلپى)

يحله الذراع، وهو[1] المعين دون المشاع، وذلك غير معلوم، بخلاف[2] السهم[3]، ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما إذا علم جملة[4] الذرعان أو لم يعلم[5]، هو الصحيح، خلافًا لما يقوله[6] الخصاف لبقاء الجهالة[7].

ولو اشترى عدلا[8] على أنه عشرة[9] أثواب، فإذا هو تسعة، أو أحد عشر فسد البيع لجهالة[10] المبيع[11] أو الثمن، ولو بين[12] لكل ثوب ثمنًا جاز[13] في فصل

---

(١٧) ذرع الثوب ذرعًا بالفتح، گز كرد جامه را. (مب)

(١) قوله: "وهو المعين [أي ما يحله الذراع لا يكون إلا مقدارًا معينًا مشخصًا لا يزاد ولا ينقص لكنه مجهول الموضع]" إلا أنه مجهول لا يعلم أن تلك الأذرع من الدار في الجانب الشرقي منها، أو الغربي، أو من صدر الدار، أو أسفلها، والمبيع إذا كان معينًا مجهولا لا يصح، كما إذا قال: بعت منك أحد هذين العبدين، والتعيين غير مناف للجهالة لما أن التعيين في أمر، والجهالة في أمر آخر. (نهاية)

(٢) قوله: "بخلاف السهم" لأن عشرة أسهم شائع في الكل، فلم يلزم فيه جهالة تفضي إلى المنازعة، فكان صاحب عشرة أسهم شريكًا لصاحب تسعين سهمًا في جميع الدار على قدر نصيبهما منها، وليس لصاحب الكثير أن يدفع صاحب القليل قدر نصيبه في أي موضع كان، فلا تؤدي إلى المنازعة. (ك)

(٣) فإن السهم أمر عقلي ليس بحسي.

(٤) كما إذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من مائة ذراع. (ع)

(٥) كما إذا قال: عشرة أذرع من هذه الدار. (ع)

(٦) قوله: "لما يقوله الخصاف" ذكر الخصاف في هذه المسألة أن فساد البيع عند أبي حنيفة رح لجهالة جملة الذرعان، فأما إذا عرفت مساحتها يجوز عنده، وجعل هذه المسألة على قياس ما لو باع كل شاة من القطيع بعشرة إن كان عدد جملة الشياه معلومًا يجوز عنده، وإن لم يكن معلومًا لا يجوز. وذكر أبوزيد الشروطي رح أن على قول أبي حنيفة رح البيع فاسد، وإن علم جملة الذرعان، وهو جواب الجامع الصغير، وهو الصحيح لبقاء الجهالة علم جملة الذرعان، أو لم يعلم فالمشتري يطالبه من مقدم الدار، والبائع يسلم من مؤخرها، فتؤدي إلى النزاع. (ك)

(٧) المانعة من الجواز. (عناية)

(٨) عدل –بكسر أول وسكون ثاني– بار يك طرف كه بريشت ستور برند. (غياث اللغات)

(٩) بعشرة دراهم.

(١٠) قوله: "لجهالة المبيع أو الثمن" أما في فصل النقصان فلجهالة الثمن، لأنه يحط ثمن ثوب واحد، وهو مجهول، لأنه لو لم يسم لكل ثوب ثمنا فالثمن ينقسم على الثياب باعتبار القيمة، وقيمة الغائب مجهولة، إذ لا يدرى أنه كان جيدًا أو وسطًا أو رديئًا، حتى يطرح قيمته، فإذا صارت حصة الغائب مجهولة صار ثمن الباقي مجهولا ضرورة، فثمن التسعة مجهول، وجهالته توجب فساد البيع. وأما في فصل الزيادة فلجهالة المبيع، لأن المبيع عشرة من أحد عشر، والزائد على العشرة لم يدخل تحت البيع، فيجب رده، والأثواب مختلفة، فلا يدرى أي ثوب يرد على البائع، الجيد أو الرديء، فالبائع يطالبه بالجيد، والمشتري يرد الرديء، وجهالة المبيع توجب فساد البيع، كذا في "الكفاية" و "النهاية". (مل)

(١١) لف على سبيل النشر الغير المرتب. (س)

(١٢) بأن قال: كل ثوب بعشرة. (ك)

(١٣) قوله: "جاز إلخ" لأن المبيع معلوم لأنه مشار إليه، والثمن معلوم أيضًا، لأنه متى سمى لكل ثوب عشرة كانت حصة الغائب معلومة، وهي العشرة، فتكون حصة الباقي معلومة، بخلاف ما إذا لم يسم ثمنًا، لأن حصة الغائب لا تعلم أنها عشرة أو تسعة أم أحد عشر، فجهالته تؤثر في جهالة الباقي. (ك)

النقصان[1] بقدره، وله الخيار[2]، ولم يجز[3] فى الزيادة[4] لجهالة العشرة المبيعة.
وقيل: عند أبى حنيفة لايجوز[5] فى فصل النقصان أيضًا[6]، وليس[7] بصحيح، بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان، فإذا أحدهما[8] مروى حيث لا يجوز فيهما، و[9]إن بين ثمن كل واحد منهما؛ لأنه جعل القبول فى المروى

---

(١) أى فى صورة التسعة.

(٢) قوله: "وله الخيار" إن شاء أخذ كل ثوب بما سمى، وإن شاء ترك، لأنه ربما يكون الباقى رديئًا، والغائب جيدًا، والمشترى إنما رغب فى الردىء لمكان الجيد، فيتضرر بتفرق الصفقة قبل التمام، فيتخير. (ك)

(٣) قوله: "ولم يجز فى الزيادة" لأن العقد تناول العشرة، فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول، ولجهالته يصير المبيع مجهولا. (ك)

(٤) أى فى صورة أحد عشر.

(٥) قوله: "لا يجوز إلخ" لأنه جمع بين الموجود والمعدوم فى صفقة، فكان قبول البيع فى المعدوم شرطا لقبوله فى الموجود، فيفسد العقد. واستدل على ذلك بما ذكر محمد رحمه الله فى "الجامع": رجل اشترى ثوبين على أنهما هرويان كل ثوب بعشرة، فإذا أحدهما هروى والآخر مروى فالبيع فاسد فى الهروى والمروى جميعًا عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما: يجوز فى الهروى. ووجه الاستدلال: أن الغائب فى مسألة الجامع الصفة لا أصل الثوب، فإذا كان فوات الصفة فى أحد البدلين مفسدًا للعقد على مذهبه، ففوات أحدهما من الأصل أولى أن يفسد. (عناية)

(٦) أى كما لا يجوز فى فصل الزيادة.

(٧) قوله: "وليس" أى ما قال صاحب "قيل" يعنى بعض المشايخ ليس بصحيح، بل الصحيح أن الجواز فى فصل النقصان قولهم جميعًا، لأن ثمن الناقص معلوم قطعا، فلا يضر فى الباقى، وأجاب الشارح عن استدلاله بقوله: بخلاف إلخ. وأوضح الفرق بقوله: لأنه جعل إلخ. تقريره أنه جعل القبول فى المروى شرطًا للعقد فى الهروى والمروى غير مذكور فى العقد، فلزم اشتراط قبول ما ليس بمبيع لقبول المبيع، وأنه مفسد للعقد لكونه مخالفًا لمقتضاه، وهذا لا يتصور فيما نحن فيه، لأنه ما جعل قبول العقد فى المعدوم شرطًا لقبوله فى الموجود، ولا قصد إيراد العقد على المعدوم، وإنما قصد إيراده على الموجود فقط، ولكنه غلط فى العدد، فافترقا. أى شراء العدل على أنه عشرة أثواب بمائة كل ثوب بعشرة، فإذا هو تسعة، وشراء الثوبين على أنهما هرويان، فإذا أحدهما مروى افترقا، حيث جاز فى الأول دون الثانى.
والهروى: بفتح الراء، والمروى: بسكون الراء، منسوب إلى هراة ومرو، قريتان بخراسان، كذا فى "النهاية" و "العناية". وقال فى فتح القدير: المروى -بسكون الراء- نسبة إلى قرية من قرى الكوفة، أما النسبة إلى مرو المعروفة بخراسان، فقد التزموا فيها زيادة الزأى، فيقال: مروزى كأنه للفرق بين القريتين. فتأمل. (مل)

(٨) قوله: "فإذا أحدهما مروى" الهروى -بفتح الهاء والراء المهملة- والمروى -بسكون الراء- كذا فى "الدرر شرح الغرر" منسوبان إلى هراة ومرو، قريتان بخراسان، كذا فى "العناية". وقال العينى: إن هذا عجيب، فإن هراة مدينة عظيمة مشهورة بخراسان، ومرو أيضًا مدينة قديمة يقال: إنها من بناء طمهورث، انتهى.
فروع: لو باع عدلا أو غنما، واستثنى واحداً بغير عينه فسد البيع، ولو بعينه جاز البيع، كذا فى "التنوير".
ولو اشترى أرضًا على أن فيها كذا نخلة مثمرة، فإذا واحدة فيها لا تثمر فسد البيع، لأن للثمر حصة من الثمن، كذا فى المجتبى. ولو باع أرضًا على أن فيها كذا نخلة، فوجدها المشترى ناقصة جاز البيع، ويخير المشترى إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء ترك، لأن الشجر يدخل فى بيع الأرض تبعا، ولا يكون له قسط من الثمن، وكذا لو باع دارًا على أن فيها كذا وكذا بيتًا، فوجدها ناقصة جاز البيع ويخير على هذا الوجه، كذا فى "البحر" نقلا عن "الخانية". (السقاية)

(٩) وصلية.

شرطًا للعقد فى الهروى، وهو شرط فاسد، ولا قبول يشترط فى المعدوم[١] فافترقا.

ولو[٢] اشترى ثوبًا واحدًا على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم، فإذا هو عشرة ونصف، أو تسعة ونصف، قال أبو حنيفة: فى الوجه الأول[٣] يأخذه بعشرة من غير خيار، وفى الوجه الثانى[٤] يأخذه بتسعة إن شاء. وقال أبو يوسف رحمة الله عليه: فى الوجه الأول[٥] يأخذه بأحد عشر إن شاء، وفى الثانى[٦] يأخذه بعشرة إن شاء. وقال محمد رحمه الله: فى الأول يأخذه بعشرة ونصف إن شاء، وفى الثانى بتسعة ونصف ويخير؛ لأن من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه، فيجرى[٧] عليه حكمها[٨]. ولأبى يوسف: أنه لما أفرد[٩] كل ذراع ببدل نزل[١٠] كل ذراع منزلة ثوب على حدة، وقد انتقص. ولأبى حنيفة رحمة الله عليه: أن الذراع[١١]

---

(١) أى العاشر.

(٢) هذه المسألة ليست فى رواية الأصول، وإنما ذكرها محمد فى الشواذ، وحكاها الفقيه أبو جعفر. (سقاية) لم يذكر هذه المسألة صاحب "الهداية" فى "البداية"، وإنما ذكرها ههنا تفريعًا. (سقاية)

(٣) أى إذا زاد.

(٤) أى إذا نقص.

(٥) أى إذا زاد.

(٦) أى إذا نقص.

(٧) قوله: "فيجرى" أى فيجرى على النصف حكم المقابلة وفى بعض النسخ: فيجزى عليه من التجزية، وهو ظاهر. (ك)

(٨) قوله: "حكمها" وحكم المقابلة فى النصف أنه إذا وجد المشترى عشرة أذرع ونصفًا يجب عليه من الدراهم عشرة دراهم ونصف، كذلك فى صورة النقصان يجب عليه تسعة دراهم ونصف درهم، كذا فى "النهاية"، وإنما يخير لأن فى الوجه الأول ازداد عليه الثمن بزيادة نصف ذراع، وفى الثانى انتقص الثوب عما شرط، فيتخير كيلا يتضرر. (مل)

(٩) أى قال: كل ذراع بدرهم.

(١٠) قوله: "نزل كل ذراع بمنزلة ثوب إلخ" والثوب إذا بيع بأنه كذا وكذا ذراعًا، فوجده انقص لا يسقط شىء من الثمن لما قد مر أنه وصف وتغير الأوصاف لا يوجب سقوط شىء من الثمن، ولكنه يثبت له الخيار، فكذالك ههنا. (مل)

(١١) قوله: "أن الذراع إلخ" يعنى قد ثبت أن الذراع وصف فى الأصل لا يقابله شىء من الثمن، وإنما أخذ حكم الأصل بالشرط، وهو قوله: كل ذراع بدرهم، والشرط مقيد بالذراع، ونصف الذراع ليس بذراع، فكان الشرط معدومًا، وزال موجب كونه أصلا، فعاد الحكم إلى الأصل، وهو الوصف، فصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة وصف الجودة، فتسلم له مجانًا. وأما الجواب عن قول محمدرح فهو أن كون الذراع بمنزلة العين ليس بأصل بل هو صار أصلا باعتبار الإفراد بمقابلة الإفراد، واسم الدرهم لا يقع على ما دون الدرهم، وكذلك الذراع، فكانت المقابلة مقتصرة على موضع الإفراد، وهو الدرهم، فلما انعدمت المقابلة من حيث اللفظ رجع الذراع إلى أصله، وهو الصفة، وهذا هو الجواب أيضًا عن قول أبى يوسفرح. وقال فى "الذخيرة": وما قال أبو حنيفةرح أصح كذا فى الكفاية. (مل)

قوله: "أن الذراع إلخ" توضيحه أنه قد ثبت أن الذراع وصف فى الأصل، فلا يقابله شىء من الثمن، وإنما أخذ حكم المقدار وهو المكيل والموزون بالشرط وهو قوله: كل ذراع بدرهم، والشرط مقيد بالذراع، ومن البين أن نصف الذراع

وصف فى الأصل، وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط، وهو مقيد بالذراع، فعند عدمه عاد الحكم إلى الأصل. وقيل[١]: فى الكرباس[٢] الذى لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشترى ما زاد على المشروط؛ لأنه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل، وعلى[٣] هذا قالوا: يجوز[٤] بيع ذراع منه.

فصل[٥]

ومن[٦] باع داراً دخل بناءها[٧] فى البيع، وإن[٨] لم يسمّه لأن اسم الدار[٩] يتناول[١٠] العرصة[١١] والبناء فى العرف[١٢]، ولأنه متصل به[١٣] اتصال قرار، فيكون

ليس بذراع، فكان الشرط معدوماً، وزال موجب كونه أصلا، فعاد الحكم إلى الأصل، وهو الوصف، فصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة وصف الجودة، فتسلم له مجاناً، فالعشرة والنصف بمنزلة العشرة الجيدة، فيأخذها بعشرة من غير خيار، إذ لا ضرر له، والتسعة والنصف بمنزلة التسعة الجيدة فيأخذها بتسعة، وله الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه.

وفى "غاية البيان": بقول محمد نأخذ، وفى "الكفاية" نقلا عن "الذخيرة": أن ما قال أبو حنيفةرح أصح.

وفى تصحيح العلامة قاسم عن الكبرى: أنه المختار. وفى "الدر المختار": صحح القهستانى وغيره قول الإمام، وعليه المتون، فعليه الفتوى. وأما تفصيل قوله وقيل فى الكرباس إلخ فهو أنه قال الزاهد العتابى فى "شرح الجامع الصغير" أنه قال مشايخنا: هذا فى الثوب الذى يتفاوت جوانبه، ويتعيب بقطع بعضه، أما إذا اشترى كرباساً لا يتفاوت جوانبه، ولا يضره القطع على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم فإذا هو أحد عشر لا تحل الزيادة للمشترى بل ترد على البائع، لأن هذا الكرباس بمنزلة الموزون والمكيل لعدم تضرره وتعيبه بالقطع، وبناء على أنه بمنزلة الموزون، قال المشايخ: إنه إذا باع ذراعاً من هذا الكرباس، ولم يبين موضعه يجوز، كما لو باع قفيزاً من صبرة، فإن القطع والتمييز لا يضر الباقى، ولو باع ذراعاً من هذا القميص، أو من هذه العمامة لا يجوز، لأن القطع يضره. (سقاية)

(١) قوله: "قيل إلخ" أى قيل هذه الأقوال الثلاثة فى الثوب الذى يتفاوت جوانبه، وفيما يضره التبعيض كالقميص، والسراويل، والأقبية، أما إذا اشترى كرباساً لا يتفاوت جوانبه على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم، فإذا هو أحد عشر لا تسلم له الزيادة، لأنه وإن اتصل بعضه ببعض فهو فى معنى المكيل والموزون لعدم تضرره بالقطع. (مل)

(٢) قوله: "كرباس" كقرطاس جامه به سپيد معرب كرپاس -بالفتح-. (مب)

(٣) أى على أنه بمنزلة الموزون، قال المشايخ: يجوز إلخ.

(٤) قوله: "يجوز بيع ذراع إلخ" أى إذا باع ذراعاً من هذا الكرباس، ولم يعين موضعه يجوز، كما إذا باع قفيزاً من صبرة الطعام. (ك)

(٥) قوله: "فصل" مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين: إحداهما: أن كل ما هو متناول اسم المبيع عرفاً دخل فى المبيع، وإن لم يذكر صريحاً.

والثانية: أن ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعاً له فى الدخول، ونعنى بالقرار الحال الثانى على معنى أن ما وضع لأن يفصله البشر فى ثانى الحال ليس باتصال قرار، وما وضع لا لأن يفصله فيه، فهو اتصال قرار. (عناية)

(٦) هذه عبارة القدورى. (سقاية)

(٧) أى الجدار والسقف.

(٨) الواو وصلية.

(٩) قوله: "اسم الدار" ذكر فى المجتبى أن الدار اسم لما يشتمل على الصحن، والبيوت، والصفة، والمطبخ، والإصطبل، والمنزل ما يشتمل على بيوت، ومطبخ، والمستراح دون الصحن، والبيت اسم لمسقف واحد له دهليز. (سقاية)

(١٠) قوله: "يتناول إلخ" فإن قيل: لو حلف لا يدخل هذه الدار، فدخلها بعد ما انهدمت يحنث، فلو كان اسم

تبعًا له[1]، ومن[2] باع أرضًا دخل ما فيها من النخل والشجر[3] وإن[4] لم يسمّه؛ لأنه متصل به[5] للقرار، فأشبه البناء[6]، ولا يدخل الزرع فى بيع الأرض إلا بالتسمية؛ لأنه[7] متصل به[8] للفصل، فشابه المتاع[9] الذى فيه.

ومن[10] باع نخلا أو شجرًا فيه ثمر، فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع؛ لقوله عليه السلام[11]: «من اشترى أرضًا فيها نخل فالثمرة[12] للبائع إلا أن يشترط المبتاع»*، ولأن الاتصال[13] وإن[14] كان خلقة فهو للقطع[15] لا للبقاء، فصار[16]

الدار يتناول العرصة والبناء فى العرف لما حنث بعد انهدام البناء، لأن الكل ينتفى بانتفاء الجزء مع أن الأيمان مبنية على العرف، فكان اعتبار العرف هناك أليق من الاعتبار ههنا. قلنا: البناء بمنزلة الصفة، وهى فى المعين لغو إذا لم تكن داعية إلى اليمين، فإن كانت داعية إلى اليمين تعتبر. (ك)

قوله: "يتناول العرصة إلخ" توضيحه أن اسم الدار يتناول عرفًا العرصة والبناء، لأن الدار اسم لما أدير عليه الحدود، ولا يفهم فى العرف من بيع الدار بيع عرصتها، ولا بناءها بل بيع كليهما، والمطلق من الألفاظ ينصرف إلى المتفاهم فى العرف، فيدخل البناء كالعرصة. (سقاية)

(١١) كشادگى ميان سراى كه دران بنا نباشد، ويقال: عرصة الدار وسطها. (من)

(١٢) وأما لغةً فلا يتناولها. (عينى)

(١٣) أى بالعرصة على تأويل المكان. (ع)

(١) قوله: "فيكون تبعًا له" لأن الأصل أن العرصة أصل فى الدار، لأن قرار البناء عليها. (ك)

(٢) هذا لفظ القدورى. (سقاية)

(٣) قوله: "والشجر" كبيرةً كانت أو صغيرةً، مثمرةً أو غيرها على الأصح. (ع)

(٤) الواو وصلية.

(٥) أى بالأرض.

(٦) فيكون تبعًا له.

(٧) قوله: "لأنه متصل [أى لأن الزرع] إلخ" ونوقض بالحمل فإنه متصل بالأم للفصل، ويدخل فى بيع الأم، والجواب أنه غير وارد على التفسير المذكور، فإن البشر ليس فى وسعه فصل الحمل عن الأم. (ع)

(٨) القطع.

(٩) أى الذى يكون موضوعًا فى الدار.

(١٠) هذا لفظ القدورى. (سقاية)

(١١) قوله: "لقوله عليه السلام: «من اشترى إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، وأخرجه الأئمة الستة فى كتبهم عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن النبى ﷺ أنه قال: «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع ومن باع نخلا مؤبّرًا فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع»، انتهى. (ت)

(١٢) قوله: "فالثمرة للبائع" فيه دلالة على أن ما وضع للقرار يدخل، وما وضع للفصل لا يدخل، لأن المعقود عليه أرض فيها نخل عليه ثمر، فقال عليه الصلاة والسلام: «الثمرة للبائع إلا بالشرط» ولم يذكر النخل. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥، والدراية ج٢، الحديث ٧٦٤ص١٤٧. (نعيم)

(١٣) أى اتصال الثمر بالشجر.

(١٤) الواو وصلية.

(١٥) قوله: "فهو للقطع" فيه إشارة إلى أن الاعتبار لثانى الحال، والحال الأولى لافرق فيها بين أن تكون خلقةً أو موضوعًا. (ع)

(١٦) فلا يدخل إلا بالتسمية.

كالزرع[١]، ويقال للبائع: اقطعها[٢]، وسلم المبيع[٣]، وكذا[٤] إذا كان فيها زرع، لأن ملك المشترى مشغول بملك البائع، فكان عليه تفريغه[٥] وتسليمه، كما[٦] إذا كان فيه[٧] متاع. وقال الشافعى: يترك[٨] حتى يظهر صلاح[٩] الثمر، ويستحصد[١٠] ع، لأن[١١] الواجب إنما هو التسليم[١٢] المعتاد، وفى العادة أن لا يقطع[١٣] كذلك، وصار[١٤] كما إذا انقضت[١٥] مدة الإجارة، وفى الأرض زرع.

قلنا[١٦]: هناك التسليم واجب أيضًا، حتى يترك[١٧] بأجر، وتسليم العوض[١٨] كتسليم المعوض[١٩]، ولا[٢٠] فرق[٢١] بين ما إذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن فى

---

(١) أى فى بيع الأرض.

(٢) ثمرة.

(٣) فارغًا.

(٤) أى يقال للبائع: سلم المبيع.

(٥) بقطع الثمرة ورفع الزرع.

(٦) قوله: "كما إذا كان إلخ" أى كما يكون على البائع التفريغ والتسليم. (مل)

(٧) البيت.

(٨) قوله: "يترك" أى الثمر على الشجر والزرع على الأرض. (مل)

(٩) الانتفاع.

(١٠) قوله: "ويستحصد الزرع" استحصد الزرع حان له أن يحصد، فى "منتهى الأرب" استحصد الزرع: بهنگام درو رسيد كشت.

(١١) قوله: "لأن الواجب إلخ" والجواب أن الواجب ذلك ما لم يعارضه ما يسقطه، وقد عارضه دلالة الرضا بذلك، وهى إقدامه على بيعها مع علمه بمطالبة المشترى تفريغ ملكه، وتسليمه إياه فارغًا. (غ)

(١٢) أى تسليم المبيع.

(١٣) قوله: "أن لا يقطع كذلك" أى لا يقطع الثمرة قبل صلاحها، والزرع قبل استحصاده. (مل)

(١٤) ما قال الشافعى.

(١٥) قوله: "كما إذا انقضت إلخ" صورته: رجل استأجر أرضًا، وزرع فيها، فلما قرب إلى الحصاد انقضت مدة الإجارة، فإنه يؤخر إلى الحصاد، ويترك الزرع على الأرض بأجر إلى وقت الإدراك، فكذا ههنا. (مل)

(١٦) قوله: "قلنا إلخ" إشارة إلى الجواب عن المقيس عليه، وتقريره: أن التسليم واجب فى صورة انقضاء مدة الإجارة أيضًا إلخ. (مل)

(١٧) قوله: "حتى يترك إلخ" وإنما لا يقطع الزرع لأن الإجارة للانتفاع، وذلك بالترك دون القطع بخلاف الشراء، لأنه لملك الرقبة، فلا يراعى فيه إمكان الانتفاع. (زيلعى)

(١٨) الأجر.

(١٩) الأرض.

(٢٠) فى كونها للبائع. (ع)

(٢١) قوله: "ولا فرق إلخ" يتصل بقوله: ومن باع نخلا أو شجرًا فيه ثمر، فثمرته للبائع. (عينى)

الصحيح[١]، ويكون في الحالين للبائع، لأن بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما نبين، فلا يدخل[٢] في بيع الشجر من غير ذكر. وأما إذا بيعت الأرض[٣] وقد بذر[٤] فيها صاحبها، ولم ينبت بعد لم يدخل[٥] فيه[٦]، لأنه مودع فيها كالمتاع، ولو نبت ولم تصر له قيمة، فقد قيل[٧]: لا يدخل فيه، وقد قيل[٨]: يدخل فيه، وكأن هذا بناء[٩] على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن يناله المشافر[١٠] والمناجل[١١]، ولا يدخل الزرع والثمر بذكر[١٢] الحقوق والمرافق لأنهما[١٣] ليسا منهما. ولو قال: بكل قليل وكثير هو له فيها، ومنها من حقوقها، أو قال: من مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا[١٤]، وإن لم يقل من حقوقها أو من مرافقها دخلا[١٥] فيه، أما الثمر[١٦] المجذوذ[١٧]

---

(١) قوله: "في الصحيح" وقيل: إذا لم يكن له قيمة يدخل في البيع، ويكون للمشتري، ووجه الصحيح أن بيعه منفرداً يصح في أصح الروايتين، وما صح بيعه منفرداً لا يدخل في بيع غيره إذا لم يكن موضوعاً للقرار. (ع)

(٢) تبعاً.

(٣) قوله: "وأما إذا بيعت إلخ" معطوف على قوله: ولا فرق، يعني الثمر لا يدخل في البيع وإن لم يكن له قيمة، وأما إلخ. (ع)

(٤) بذر الأرض: كاشت زمين را. (مب)

(٥) قوله: "لم يدخل [البذر]إلخ" وذكر في الفتاوى الفضلي أن ذلك فيما إذا لم يعفن البذر في الأرض، وأما إذا عفن فيها فهو للمشتري، وهذا لأن بيع العفن بانفراده لا يصح، فكان تابعاً. (ع)

(٦) البيع.

(٧) القائل أبو القاسم الصفار.

(٨) القائل أبو بكر الإسكاف.

(٩) قوله: "بناء على الاختلاف إلخ" فمن جوز بيعه قبل أن تناوله المشافر والمناجل لم يجعله تابعاً لغيره، ومن لم يجوزه جعله تابعاً. (ع)

(١٠) مشفر البعير شفته. (ع)

(١١) منجل كمنبر، داس. (مب)
المنجل ما يحصد به الزرع. (ع)

(١٢) بأن قال: بعت الأرض أو الشجر بحقوقها، ومرافقها.

(١٣) قوله: "لأنهما ليسا منهما" أي لأن الزرع والثمر ليسا من المرافق والحقوق، لأن الحق يذكر لما هو تابع للمبيع، ولا بد للمبيع منه، ولا يقصد إليه إلا لأجل المبيع كالشرب والطريق، والمرافق لما يرتفق به، أي ينتفع به، ويختص بما هو من التوابع كالمتوضأ والمطبخ، ومسيل الماء. (ك)

(١٤) وهو قوله: لأنهما ليسا منهما. (ك)

(١٥) قوله: "دخلا فيه" لأنهما من الذي له فيها أو منها للاتصال في الحال. (زيلعي)

(١٦) قوله: "أما الثمر المجذوذ إلخ" يعني أن هذا إذا كان الزرع قائماً في الأرض والثمر على الشجر، وأما إذا كان الثمر مجذوذاً والزرع محصوداً إلخ. (مل)

(١٧) المقطوع.

والزرع[١] المحصود لا يدخل[٢] إلا بالتصريح به لأنه بمنزلة[٣] المتاع[٤].
قال[٥]: ومن باع[٦] ثمرة لم يبد[٧] صلاحها، أو قد بدا جاز البيع؛ لأنه مال متقوم، إما لكونه منتفعًا به فى الحال[٨]، أو فى الثانى[٩]، وقد قيل[١٠]: لا يجوز[١١] قبل[١٢] أن يبدو صلاحها، والأول[١٣] أصح[١٤]، وعلى المشترى قطعها فى الحال تفريغًا[١٥] لملك البائع، وهذا[١٦] إذا اشتراها مطلقًا[١٧]، أوبشرط القطع، وإن شرط[١٨] تركها على النخيل فسد البيع؛ لأنه[١٩] شرط لا يقتضيه[٢٠] العقد، وهو شغل ملك الغير، أو هو صفقة فى صفقة، وهو إعارة أو إجارة فى بيع، وكذا[٢١] بيع

(١) زراعت درووده. (مب)
(٢) بكل قليل إلخ.
(٣) للانفصال فى الحال. (ريلعى)
(٤) الموضوع فى الأرض.
(٥) أى القدورى. (عينى)
(٦) أى على الشجرة.
(٧) قوله: "لم يبد صلاحها [بدا بدوًا: پيدا وآشكار گرديد. مب]" بأن لم يصلح لتناول بنى آدم وعلف الدواب. (ك)
(٨) هذا إذا بدا.
(٩) قوله: "أو فى الثانى" أى فى الزمان الثانى وهذا إذا لم يبدُ، فصار كبيع المهر. (مل)
(١٠) القائل شمس الأئمة السرخسى.
(١١) قوله: "لا يجوز [البيع] إلخ" لأنها مستحق القطع إذ لا يصح البيع بشرط الترك، ومستحق القطع كالمقطوع، فلم تكن منتفعًا بها حالا ومآلا، فلم يصح. (ك)
(١٢) أى قبل أن ينتفع به.
(١٣) أى جواز البيع فى الحالين.
(١٤) روايةً ودرايةً من أنه مال متقوم إلخ.
(١٥) عن ملكه. (س)
(١٦) أى الجواز.
(١٧) أى بدون الشرط.
(١٨) أى قال: اشتريته على أنى أتركه على النخيل. (ع)
(١٩) قوله: "لأنه" أى لأن شرط الترك شرط لا يقتضيه العقد، لأن مطلق البيع يقتضى تسليم المعقود عليه، وهو أى شرط الترك الذى لا يقتضيه العقد شغل ملك الغير، أو هو البيع بشرط الترك صفقة فى صفقة، لأنه إعارة فى بيع، أو إجارة فيه لأن تركها على النخيل إما أن يكون بأجر أو بغيره، والثانى إعارة، والأول إجارة، وذلك منهى عنه، والإعارة تمليك المنافع بلا عوض، والإجارة تمليك المنافع بعوض. وفيه تأمل لأن ذلك إنما يكون صفقة فى صفقة، أن لو جازت إعارة الأشجار وإجارتها، وليس كذلك نعم إنما يستقيم هو إذا باع الزرع بشرط الترك فإن إعارتها وإجارتها جائزة، فيلزم صفقة فى صفقة، كذا فى "العناية". (مل)
(٢٠) وفيه منفعة للمشترى.
(٢١) أى يفسد.

الزرع بشرط الترك؛ لما قلنا[١]، وكذا[٢] إذا تناهى عظمها[٣] عند أبي حنيفة وأبي يوسف لما قلنا[٤]، واستحسنه محمد[٥] للعادة[٦]، بخلاف[٧] ما إذا لم يتناه عظمها[٨]؛ لأنه شرط فيه الجزء المعدوم، وهو الذي يزيد[٩] بمعنى[١٠] من الأرض أو الشجر. ولو اشتراها[١١] مطلقًا، وتركها بإذن البائع طاب له الفضل[١٢]، وإن تركها بغير إذنه تصدق[١٣] بما زاد في ذاته لحصوله بجهة[١٤] محظورة[١٥]، وإن تركها[١٦] بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء؛ لأن[١٧] هذا تغير حالة[١٨] لا تحقق زيادة[١٩].

وإن اشتراها[٢٠] مطلقًا[٢١]، وتركها على النخيل، وقد[٢٢] استأجر النخيل إلى

---

(١) وهو قوله: لأنه شرط إلخ.

(٢) قوله: "وكذا [يفسد] إلخ" أي هذا إذا كانت الثمرة لم تتناه في عظمها، أما إذا تناهى عظمها فكذلك، أي يفسد عند الشيخين، وهو القياس، لأن شرط الترك مما لا يقتضيه العقد. (مل)

(٣) عظم بالفتح: بزرگ شدن. (م)

(٤) أي أنه شرط إلخ. (ك)

(٥) وفي "الأسرار": والفتوى على قول محمد. (ك)

(٦) قوله: "للعادة" أي لتعارف الناس بذلك، والجواب: إنا لا نسلم أن التعامل جرى في اشتراط الترك، ولكن المعتاد في مثله الإذن في تركه بلا شرط في العقد. (ع)

(٧) أي عند محمد.

(٨) فإنه لا يجوز بالاتفاق.

(٩) وهذه الزيادة تحدث بعد البيع من ملك البائع، فأنه ضم المعدوم إلى الموجود، واشتراهما، فيفسد.

(١٠) أي بقوة. ناشئ. وهو جذب الرطوبة.

(١١) قوله: "ولو اشتراها إلخ" أي لو اشترى الثمرة التي لم يتناه عظمها، ولم يشترط القطع، ولا الترك، وتركها إلخ. (مل)

(١٢) أي عظم الثمار المبيعة.

(١٣) قوله: "تصدق بما زاد إلخ" يعني يقوم قبل التناهي وبعده، فيتصدق بفضل ما بينهما من قيمته. (عيني)

(١٤) وهي قوة الأرض المغصوبة. (ع)

(١٥) ممنوعة.

(١٦) بغير إذنه. (ع)

(١٧) قوله: "لأن هذا تغير حالة" كتغير اللون، والطعم، والثمار إذا صارت بهذه الصفة لا يزداد من ملك البائع فيها، ولكن النضج من الشمس، واللون من القمر، والطعم من الكوكب، فلم يبق فيها إلا عمل الشمس والقمر والكواكب. (ك)

(١٨) من النيّ إلى النضج.

(١٩) في الجسم.

(٢٠) قوله: "وإن اشتراها مطلقًا إلخ" توضيحه أن لو اشترى الثمار قبل تناهي العظم مطلقًا أي من غير شرط الترك والقطع، واستأجر النخيل من رب النخيل إلى وقت إدراك الثمار، وترك الثمار على النخيل طاب له الفضل، لأن الإجارة للنخيل باطلة، فإن جواز الإجارة عرف بالاستحسان لتعامل الناس، ولا تعامل للناس في استئجار الأشجار، فلم يكن

وقت الإدراك[١] طاب له الفضل؛ لأن الإجارة[٢] باطلة لعدم[٣] التعارف والحاجة[٤]، فبقى[٥] الإذن معتبرا بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك[٦]، وتركه حيث لا يطيب له الفضل؛ لأن الإجارة فاسدة للجهالة[٧]، فأورثت خبثًا. ولو اشتراها[٨] مطلقًا[٩]، فأثمرت ثمرًا آخر قبل[١٠] القبض فسد البيع؛ لأنه لا يمكنه[١١] تسليم المبيع لتعذر التمييز[١٢]، ولو أثمرت بعد القبض يشتركان[١٣] فيه للاختلاط، والقول قول المشترى فى مقداره[١٤]؛ لأنه فى يده[١٥]،

الإجارة منعقدةً لا جائزةً، ولا فاسدةً، ولا ضرورةً أيضًا إلى استعجار النخيل لترك الثمار، ولما بطلت الإجارة بقى إذن رب النخيل معتبرًا، فيطيب الفضل للمشترى، ولا يجب أجر، كذا قال أبو المكارم. وفى "رد المحتار": الحيلة فى جوازه بالاتفاق من المشايخ أن يبيع الكمثرى أول ما تخرج مع أوراق الشجر، فيجوز فيها تبعًا للأوراق، كأنه ورق كله.

وقيل: إن الحيلة فى أن يطيب للمشترى ما زاد فى ذات المبيع أن يأخذ الشجرة مساقاة لمدة معلومة، ويقول المشترى للبائع بعد ما دفع الثمن أخذت منك هذا الشجر مساقاة على أن لك جزء من ألف جزء، ولى ألف جزء، إلا جزء، أى من الثمن، ذكره الشمنى. (سقاية)

(٢١) أى عن الترك والقطع. (ع)

(٢٢) الواو حالية.

(١) در رسيدن ميوه جز آن. (م)

(٢) أى إجارة النخيل.

(٣) قوله: "لعدم التعارف" لأن التعارف لم يجر فيما بين الناس باستئجار الأشجار، ولهذا لو استأجر نخلا ليجفف عليه الثياب لا يجوز. (ك)

(٤) قوله: "والحاجة" أى لعدم الحاجة إلى ذلك، لأن الحاجة إلى الترك بالإجارة إنما تتحقق إذا لم يكن مخلص سواها، وههنا يمكن للمشترى أن يشترى الثمار مع أصولها على ما سيذكر. (عناية)

(٥) قوله: "فبقى الإذن إلخ" أى إذا بطلت الإجارة بقى الإذن معتبرًا، فيطيب له الفضل.

فإن قيل: الإذن ثبت فى ضمن الاستئجار، وقد بطل المتضمن، فيبطل ما فى ضمنه. قلنا: الإذن فى الإجارة الباطلة صار أصلا، إذ الباطل عبارة عن المعدوم المضمحل، أى لا تحقق له أصلا ولا وصفًا شرعًا، والمعدوم لا يصلح متضمنًا، فصار الإذن مقصودًا، ولا كذلك فى الإجارة الفاسدة؛ لأن الفاسد ما كان موجودًا بأصله، فائتًا بوصفه، فأمكن جعله متضمنًا للإذن، وفساد المتضمن يقتضى فساد ما فى الضمن، فيفسد الإذن، فيتمكن الخبث. (مل)

(٦) الزرع.

(٧) قوله: "للجهالة [فيصير المعقود عليه مجهولا. ك]" أى لجهالة وقت إدراك الزرع، فإن الإدراك قد يتقدم بالحر، وقد يتأخر للبرد، وإذا انتفى الإذن كان الفضل خبيثًا، وسبيله التصدق. (ع)

(٨) ثمرة.

(٩) أى عن القطع والترك. (ع)

(١٠) أى قبل تخلية البائع بين المشترى والثمار. (ع)

(١١) أى البائع.

(١٢) بين القديمة والجديدة.

(١٣) قوله: "يشتركان فيه" لأن التسليم قد وجد، فلم يفسد البيع، وحدث ملك للبائع، واختلط بملك المشترى،

وكذا[١] فى البادنجان[٢]، والبطيخ[٣]، و المخلص أن يشترى الأصول ليحصل الزيادة على ملكه[٤]. قال[٥]: ولا[٦] يجوز أن يبيع ثمرة[٧]، ويستثنى منها أرطالا معلومة، خلافًا لمالك[٨] لأن الباقى[٩] بعد الاستثناء مجهول[١٠]، بخلاف ما إذا باع واستثنى[١١] نخلا معينًا؛ لأن الباقى[١٢] معلوم[١٣] بالمشاهدة، قال[١٤]: قالوا[١٥]:

فيشتركان. (عينى)

(١٤) أى مقدار الزائد. (ع)

(١٥) فكان الظاهر شاهدًا له. (ع)

(١) قوله: "وكذا إلخ" يعنى أن البيع لا يجوز إذا حدث شيء قبل القبض، وإذا حدث بعده يشتركان، والمخلص أى الحيلة فى جوازه فيما إذا حدث قبل القبض أن يشترى إلخ. (ع)

(٢) قوله: "فى البادنجان" بادنجان معرب بادنگان فارسى ست. وبهندى بيگن نامند. (مخزن الأدوية)

(٣) كسكين بفارسى خربزة نامند. (مخزن)

(٤) مشترى.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "ولا يجوز أن يبيع ثمرة إلخ" سواء كان الثمر على الشجر أو مجذوذًا، موضوعًا على الأرض، كذا فى "الكفاية"، وقال فى "البناية" نقلا عن تاج الشريعة: إن هذا إذا كان الثمر على الشجر، أما إذا كان مجذوذًا، وباع واستثنى أرطالا معلومة جاز.

ثم قوله: ثمرة بناء الواحدة إشارة إلى نوع من أنواع الثمر، كالعنب والرطب مثلا، ولم يرد به الثمرة الواحدة؛ لأنه لو كانت هى المرادة لم يصح استثناء الأرطال منها.

وفى قوله: أرطالا إشارة إلى أن المستثنى لو كان رطلا واحدًا يجوز؛ لأنه استثنى القليل من الكثير، بخلاف الأرطال، لجواز أن لا يكون إلا ذلك القدر، فيكون استثناء الكل من الكل، كذا فى "البناية".

وقال صاحب العناية: أن المستثنى لو كان رطلا واحدًا، أو صاعًا واحدًا لا يجوز أيضًا. (سقاية)

(٧) سواء كان على الشجر أو بعد الجز. (ك)

(٨) فإنه يجوز عنده قياسًا على ما إذا باع واستثنى نخلا معينًا.

(٩) أى ما سوى الأرطال المعلومة.

(١٠) قوله: "مجهول" وهذه الجهالة تفضى إلى النزاع، إذ المشترى يطالب بالأجود والبائع يسلم الأردأ، علا أنه يحتمل أن الموجود ليس إلا هذه الأرطال المستثناة. وفى العناية: لو كان المستثنى صاعًا واحدًا، أو رطلا واحدًا، فالحكم كذلك، لكن قال العينى: وفى قوله: أرطالا إشارة إلى أن المستثنى لو كان رطلا واحدًا يجوز لأنه استثنى القليل من الكثير، بخلاف الأرطال لجواز أن لا يكون إلا ذلك القدر، فيكون استثناء الكل من الكل. (مل)

قوله: "مجهول" تقريره: أنه إذا استثنى قدرًا معينًا كان الباقى مجهولا وزنًا ومشاهدة، وقيل: الاستثناء وإن كان المبيع مجهولا لكنه معلوم مشاهدة، وكان بيع مجازفة، وجهالة القدر فى بيع المجازفة لا تمنع صحة العقد، لعدم إفضاءها إلى المنازعة، والجهالة فى مسألتنا هذه تفضى إلى النزاع، فإن المشترى يطالب بالأجود، والبائع يسلم الردىء، فتفسد العقد. (سقاية)

(١١) فإنه يجوز.

(١٢) بعد الاستثناء.

(١٣) كم هى نخلة. (ع)

هذا[1] رواية الحسن[2]، وهو قول الطحاوى، أما[3] على ظاهر الرواية ينبغى[4] أن يجوز؛ لأن الأصل أن ما يجوز[5] إيراد العقد عليه بانفراده يجوز[6] استثناءه من العقد، وبيع قفيز من صبرة جائز، فكذا استثناءه[7]، بخلاف[8] استثناء الحمل، وأطراف الحيوان؛ لأنه لا يجوز بيعه[9]، فكذا استثناءه. ويجوز[10] بيع الحنطة فى سنبلها، والباقلى[11] فى قشره، وكذا الأرز[12]، والسمسم[13]، وقال الشافعى: لا يجوز بيع الباقلى الأخضر، وكذا الجوز، واللوز[14]، والفستق[15] فى[16] قشره

(١٤) أى المصنف.

(١٥) مشايخ.

(١) عدم الجواز.

(٢) عن أبى حنيفة.

(٣) قوله: " أما على ظاهر الرواية إلخ" يريد به على قياس ظاهر الرواية، فإن حكم هذه المسألة لم يذكر فى ظاهر الرواية، ولهذا قال: ينبغى أن يجوز. (ع)

(٤) قوله: "ينبغى أن يجوز" قيل: ولقائل أن يقول: سلمنا إن إيراد العقد على الأرطال المعلومة واستثناءها جائر، لكن لا نسلم جواز بيع الباقى، وهو مجهول.والجواب: إنا لا نسلم أن الباقى مجهول لما ذكرنا أن المستثنى إذا كان معلوماً لم تسر منه جهالة إلى المستثنى منه إلا بحسب الوزن، فيكون البيع فى الباقى مجازفة، وهى لا تحتاج إلى معرفة مقدار المبيع. (عناية)

(٥) وما لا يجوز إيراد العقد عليه منفرداً لا يجوز استثناءه. (ع)

(٦) قوله: " يجوز استثناءه" لأن الاستثناء يقتضى أن يكون المستثنى مقصوداً معلوماً وإفراد العقد يقضى كون المعقود عليه مقصوداً معلوماً، فيتشار كان فى القصد والعلم، فما جاز أن يقع مقصوداً عليه بانفراده جاز أن يستثنى منه وبالعكس. (ع)

(٧) بأن يقول: بعتك هذه الصبرة بكذا إلا قفيزاً منها.

(٨) قوله: "بخلاف استثناء إلخ" صورة استثناء الحمل أن يقول: بعتك هذه الشاة إلا حملها، وصورة استثناء أطراف الحيوان أن يقول: بعتك هذه الشاة إلا جلدها، أو غيره، فإنه لا يجوز لا فى حضر، ولا في سفر. (عينى)

(٩) انفراداً.

(١٠) قوله: "ويجوز بيع الحنطة [هذا لفظ القدورى. سقاية] إلخ" وفى "شرح الطحاوى": الأصل أنه إذا باع شيئاً وهو فى غلافه قبل الإزالة فإنه لا يجوز إلا الحنطة فى سنبلها، وسائر الحبوب فى سنابلها، والذهب فى ترابه، والفضة فى ترابها، بخلاف جنسه من الثمن. (ك)

(١١) قوله: "والباقلى فى قشره [از حبوب معروفه است. مخزن]" فى "ذخيرة العقبى" ناقلا عن الصحاح: الباقلى بتشديد اللام والقصر، فإذا قلت: الباقلاء بالمد خففت اللام. قال أبو المكارم: وعلى البائع تخليص الحنطة وتذريتها، ودفعها إلى المشترى، هو المختار، كذا فى "الخلاصة"، وهذا إذا باع الحنطة فى السنبل بغير السنبل، والكلام فيه، وأما إذا باع الحنطة بالتبن فلا يلزم على البائع تخليصه، كذا قال الطحاوى. (سقاية)

(١٢) برنج.

(١٣) كنجد.

(١٤) بادام.

(١٥) پسته.

(١٦) متعلق بكل واحد من الثلاثة.

الأول[١] عنده، وله في بيع السنبلة[٢] قولان[٣]، وعندنا يجوز ذلك كله. له: أن المعقود[٤] عليه مستور[٥] بما لا منفعة له[٦] فيه، فأشبه[٧] تراب الصاغة إذا بيع بجنسه. ولنا: ما روى عن النبي عليه السلام*: «أنه[٨] نهى عن بيع[٩] النخل حتى يزهي[١٠] وعن بيع[١١] السنبل حتى يبيض[١٢] ويأمن العاهة[١٣]»، ولأنه[١٤] حب منتفع به: فيجوز بيعه في سنبله كالشعير[١٥].

---

(١) وأما في القشر الثاني فيجوز بالاتفاق.

(٢) أي بيع الحنطة في السنبلة.

(٣) في قول: يجوز، وفي قول: لا يجوز.

(٤) قوله: " أن المعقود عليه إلخ" وأنه مستور غائب عن البصر، ولا يعلم وجوده، فلا يجوز بيعه كبذر البطيخ وحب القطن. واللبن في الضرع، والزيت في الزيتون قبل الاستخراج. قلنا: الفرق بينهما أن الغالب في السنبلة الحنطة، ألا ترى أنه يقال: هذه حنطة وهي في سنبلها، ولا يقال: هذا حب، ولا هذا لبن، ولا زيت، ولا قطن. (زيلعي)

(٥) والعقد في مثله لا يصح. (ع)

(٦) أي للمشتري.

(٧) قوله: "فأشبه تراب الصاغة" يعني لا يجوز لاحتمال الربا، وتراب الصاغة هو التراب الذي فيه برادة الذهب والفضة، والصاغة جمع صائغ، ووجه المشابهة استتاره بما لا منفعة فيه. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥، والدراية ج٢، الحديث ٧٦٥ ص١٤٧. (نعيم)

(٨) قوله: " أنه نهى عن بيع إلخ" قلت: أخرجه الجماعة إلا البخاري عن ابن عمر أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة»، نهى البائع والمشتري، انتهى. قال في الصحاح: يقال: زها النخل يزهو إذا بدت فيه الحمرة أو الصفرة وأزهى لغة، حكاها أبو زيد، ولم يعرفها الأصمعي، انتهى. (ت)

(٩) قوله: "بيع النخل [أي عن بيع ثمر النخل، بحذف المضاف]" فإن قيل: يجوز بيع النخل قبل الزهو عندكم، ومقتضى ما استدللتم به من الحديث أنه لا يجوز؟ أجيب: بأنه محمول على بيع الثمر على النخل بشرط الترك إلى أن يحمر أو يصفر، بدليل قوله: أرأيت لو أذهب الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه، إذ الإذهاب إنما يتوهم إذا اشتراه قبل الإدراك بشرط الترك. أومحمول على السلم يعني لايجوز السلم فيه حتى يوجد بين الناس بدليل قوله: إذا منع الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه، فيكون دليلا لنا على اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين الحلول. (شرح ملا على قاري بر نقاية)

(١٠) قوله: " حتى يزهى" زها النخل صاب غوره رنگين گرديد، وكذا أزهى النخل، ويقال: زها البسر أي رنگ گرفت غوره خرما. (من)

(١١) قوله: "بيع السنبل" فيه أن الاستدلال بمفهوم الغاية لا يجوز عندنا، إلا أن يقال: إنه مبني على إلزام الشافعي بمذهبه في المفهوم، وإن لم يكن معتبراً عندنا، فيكون جواباً إلزامياً على مذهبه، ويسمى بدلا. (مجمع الأنهر)

(١٢) قوله: حتى يبيض إلخ" وحكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها، فظاهره يقتضي الجواز بعد وجود الغاية. (ك)

(١٣) آفت. (من)

(١٤) قوله: "ولأنه إلخ" كأنه جواب عن قوله: مستور بما لا منفعة له، وتقريره لا نسلم أنه لا منفعة فيه بل هو أي المبيع بقشره حب منتفع به، وأن الحبوب المذكورة مدخرة في قشرها، قال الله تعالى: ﴿فذروه في سنبله﴾، وهو انتفاع لا محالة، فجاز البيع. (عناية)

(١٥) يجوز بيعه في سنبله بالإجماع. (ك)

والجامع[١] كونه مالا متقوّمًا، بخلاف تراب الصاغة؛ لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا، حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز[٢]، وفي مسألتنا[٣] لو باعه بجنسه لا يجوز أيضًا لشبهة الربا، لأنه لا يدرى قدر[٤] ما في السنابل.

ومن باع دارًا دخل في البيع مفاتيح[٥] أغلاقها[٦]؛ لأنه يدخل فيه الأغلاق؛ لأنها مركبة فيها[٧] للبقاء[٨]، والمفتاح يدخل في بيع الغلق[٩] من غير تسمية؛ لأنه بمنزلة بعض منه، إذ لا ينتفع[١٠] به بدونه.

قال[١١]: وأجرة الكيال، وناقد الثمن على البائع، أما الكيل فلا بد[١٢] منه للتسليم وهو على البائع، ومعنى هذا[١٣] إذا بيع مكايلة[١٤]، وكذا[١٥] أجرة الوزّان والذرّاع، والعدّاد، وأما النقد فالمذكور[١٦] رواية ابن رستم عن محمد، لأن النقد[١٧]

(١) قوله: "والجامع" أي العلة الجامع بين المقيس والمقيس عليه كون كل واحد منهما مالا متقوّمًا ينتفع به.

(٢) وإن كان الاستتار بما لا منفعة فيه.

(٣) قوله: "وفي مسألتنا [المتنازع فيها]" أي في بيع الحنطة في سنبلها لو باعه بجنسه أي باع الحنطة في سنبلها بحنطة في سنبلها لا يجوز. (كفاية)

(٤) من الحنطة.

(٥) قوله: "مفاتيح إلخ" والمراد بالمفاتيح إذا كان غلقها متصلا بالدار مركبًا فيها، فإن لم يكن الغلق مركبًا فيها كالقفل لا يدخل الغلق تبعًا له لعدم الاتصال. (زيلعي)

(٦) الغلق بفتح اللام ما يغلق ويفتح بالمفتاح. (ع)

(٧) الدار.

(٨) لا للفصل.

(٩) غلق –بفتحتين– چيزيكه بدان در را بندند، آن را مغلاق نيز گويند. (م)

(١٠) قوله: "إذ لا ينتفع إلخ" فإن قيل: الانتفاع بالدار لا يمكن إلا بالطريق، ومع ذلك لا يدخل الطريق في بيع الدار بدون ذكره، أو ذكر الحقوق. قلنا: شراء الدار قد يكون مقصودًا بدون الطريق، لأنه يحتمل أن يكون مراد المشتري أخذ الشفعة بسبب ملك الدار المشتراه، وأما المغلاق فلا يكون مقصودا منفردا من المفتاح، فيدخل بدون الذكر كما إذا استأجر دارًا يدخل الطريق بدون الذكر. (ك)

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) قوله: "فلا بد منه إلخ" يعني أن التسليم واجب على البائع، وهو لا يحصل إلا بالكيل، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. (مل)

(١٣) أي أجرة الكيال على البائع.

(١٤) لا مجازفة.

(١٥) أي على البائع.

(١٦) أي في المتن.

(١٧) أي نقد الثمن.

يكون بعد التسليم[١]، ألا ترى أنه يكون بعد الوزن[٢]، والبائع هو المحتاج إليه، ليميز[٣] ما تعلق به حقه من غيره[٤]، أو ليعرف المعيب ليرده، وفى رواية ابن سماعة[٥] عنه: على المشترى[٦]؛ لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد المقدر، والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن، فيكون عليه.

قال[٧]: وأجرة وزن الثمن على المشترى لما بينا أنه هو المحتاج إلى تسليم[٨] الثمن، وبالوزن يتحقق التسليم.

قال[٩]: ومن باع سلعة[١٠] بثمن[١١] قيل[١٢] للمشترى: ادفع الثمن أولا؛ لأن حق المشترى تعين فى المبيع، فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض، لما أنه[١٣] لا يتعين بالتعيين تحقيقًا[١٤] للمساواة.

قال[١٥]: ومن باع سلعة[١٦] بسلعة، أو ثمنًا[١٧] بثمن قيل لهما: سلما معًا؛ لاستوائهما[١٨] فى التعيين وعدمه، فلا حاجة إلى تقديم أحدهما فى الدفع.

---

(١) إلى البائع.

(٢) وبالوزن يحصل التسليم. (ع)

(٣) أى الجيد.

(٤) أى الردىء.

(٥) وبه كان يفتى الصدر الشهيد. (ك)

(٦) أى أجرة النقد على المشترى.

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) إلى البائع.

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) بالكسر متاع، وأسباب. (مب)

(١١) أى بالدراهم والدنانير.

(١٢) أى عند النزاع بينهما.

(١٣) قوله: "لما أنه لا يتعين إلخ" لأن الدراهم والدنانير لا تتعين فى العقود قبل القبض، وتتعين بعده. (مل)

(١٤) قوله: "تحقيقًا للمساواة [تعليل بعد تعليل لقوله: ليتعين إلخ]" أى فى تعين حق كل واحد منهما، وفى المالية أيضًا، لأن الدين أنقص من العين، ولو كان المبيع غائبًا عن حضرتهما فللمشترى أن يمتنع عن تسليم الثمن، حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه عقيب تسليم الثمن، كذا فى "المغنى". (ك)

(١٥) أى القدورى. (سقاية)

(١٦) كفرس بفرس.

(١٧) كذهب بفضة.

(١٨) قوله: "لاستوائهما فى التعيين إلخ" فالأول كلاهما متعين، والثانى غير متعين. (زيلعى)

باب خيار الشرط

قال: خيار(١) الشرط جائز فى البيع(٢) للبائع والمشترى، ولهما(٣) الخيار ثلاثة(٤) أيام(٥)، فما دونها، والأصل(٦) فيه ما روى(٧) أن حبان(٨) ابن منقذ بن عمرو الأنصارى كان يغبن(٩) فى البياعات(١٠)، فقال له النبى عليه السلام: «إذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام»*.

ولا يجوز أكثر منها عند أبى حنيفة وهو قول زفر والشافعى، وقالا(١١): يجوز إذا سمى(١٢) مدة معلومة؛ لحديث ابن عمر(١٣) أنه أجاز الخيار إلى شهرين، ولأن

---

(١) قوله: "خيار الشرط [هذا لفظ القدورى. سقاية] إلخ" هذه الإضافة من باب إضافة الحكم إلى سببه، أى خيار يثبت بالشرط، إذ لو لاه لماثبت الخيار، بخلاف خيار العيب والرؤية، فإنهما يثبتان من غير شرط. (مل)

(٢) قوله: "جائز فى البيع إلخ" البيع تارة يكون لازما، وأخرى غير لازم، واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه، وغير اللازم ما فيه الخيار، ولما كان اللازم أقوى فى كونه بيعاً قدمه على غيره.

ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات، لأنه يمنع ابتداء الحكم، ثم خيار الرؤية، لأنه يمنع تمام الحكم، ثم خيار العيب، لأنه يمنع لزوم الحكم، وإنما كان عمله فى منع الحكم دون السبب لأن من حقه أن لا يدخل فى البيع، لكونه فى معنى القمار، ولكن لما جاءت به السنة لم يكن بد من العمل به، فأظهرنا عمله فى منع الحكم تقليلا لعمله بقدر الإمكان، لأن دخوله فى السبب يستلزم الدخول فى الحكم دون العكس. (عناية)

(٣) قوله: "ولهما" يحتمل أن يكون معطوفًا على ما تقدم، ومعناه: خيار الشرط جائز فى البيع للبائع منفرداً، وللمشترى منفرداً، ولهما معًا، ويحتمل أن يكون ابتداء الكلام لبيان مدة الخيار. (مل)

(٤) قوله: "ثلاثة أيام" بالرفع على الخبرية، إذا كان لهما معطوفًا على ما تقدم، وبالنصب على الظرفية، أى فى ثلاثة أيام. (مل)

(٥) إنما ذكره لئلا يتوهم أنه لا يجوز إلا المنصوص عليه.

(٦) دليل.

(٧) قوله: " ما روى إلخ" هذ الحديث رواه الحاكم فى "المستدرك" عن نافع عن ابن عمر. (عينى)

(٨) قوله: "أن حبان" كذا روى الحاكم، وروى البخارى فى تاريخه عن محمد بن يحيى بن حبان قال: كان جدى منقذ بن عمرو أصابته آمة فى رأسه، فكسرت لسانه، ونازعت عقله، فلا يزال يغبن، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ الحديث، ومن ههنا اختلفوا أن هذه القضية لمنقذ بن عمرو، ورجح النووى أنها لحبان ابن منقذ. (سقاية)

(٩) قوله: "كان يغبن فى البياعات" لما مومة أصابت رأسه، وغبنه فى البيع، أى خدعه، والغبن ضعف الرأى، يقال: رجل غبين الرأى. والخلابة: الخداع، ومعنى قوله لا خلابة: أى العدول عن البيع البات إلى الخيار، ليس منى غرور وخداع لك، بل المقصود التروّى، ويحتمل أنه لا خلابة من جهة البائع لى، يعنى إثبات الخيار لى حتى أتروّى وأدفع الغبن عن نفسى إن كان فى هذا البيع. (عناية)

(١٠) قوله: فى البياعات [بحذف المضاف أى فى بيع البياعات –بياعه بالكسر متاع، وكالآى فروختنى بياعات جمع. (مب)–]" الظاهر أنه جمع بياع، مصدر بايعت، وجعله جمع بيع مما لا حاجة إليه. (ملا عبد السلام أعظمى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٦، والدراية ج٢، الحديث ٧٦٦ص١٤٨. (نعيم)

(١١) أى أبو يوسف ومحمد.

(١٢) قوله: "إذا سمى مدة معلومة" سواء كان شهراً، أو سنةً، أو أكثر، ولو شرط الخيار أبدًا لا يجوز بالإجماع. (عينى)

الخيار[1] إنما شرع للحاجة إلى التروى[2] ليندفع الغبن، وقد تمس الحاجة إلى الأكثر، فصار[3] كالتأجيل فى الثمن. ولأبى حنيفة: أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد[4]، وهو اللزوم، وإنما جوزناه بخلاف القياس بما روينا من النص، فيقتصر[5] على المدة المذكورة فيه، وانتفت الزيادة[6]، إلا[7] أنه إذا أجاز[8] فى الثلث جاز عند أبى حنيفة خلافًا لزفر، وهو يقول: إنه[9] انعقد فاسدًا، فلا ينقلب جائزًا[10].

وله: أنه[11] أسقط[12] المفسد قبل تقرره، فيعود جائزًا كما[13] إذا باع بالرقم[14]،

---

(١٣) قوله: "لحديث ابن عمر إلخ" والجواب: أن حديث حبان مشهور، فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر، وقد قال الزيلعى: إن هذا الحديث غريب جدًا، وفى "الكفاية": إن فى حديث ابن عمر أنه أجاز الخيار، وليس فيه بيان خيار الشرط، ولعل المراد به خيار الرؤية، أو خيار العيب، وأنه أجاز خيار الرؤية بعد شهرين. (مل)

(١) قوله: "لأن الخيار إلخ" والجواب: أن كثير المدة ليس كالقليل، فإن فى الكثير معنى الغرور زائد، والقياس على التأجيل فى الثمن غير صحيح؛ لأن الأجل يشترط للقدرة على الأداء، وهى إنما تكون بالكسب، وهو لا يحصل فى كل مدة، فقد يحتاج إلى مدة طويلة، كذا فى "العناية". (مل)

(٢) تروى فى الأمر: انديشيد در أمر. (مب)

(٣) قوله: "فصار كالتأجيل فى الثمن" فإن التأجيل فى الثمن يجوز فى قليل المدة وكثيرها وإن كان يخالف مقتضى العقد؛ لأجل الحاجة، فكذا ههنا. (عينى)

(٤) وكلما هو كذلك فهو مفسد. (ع)

(٥) قوله: "فيقتصر على المدة إلخ" فإن قيل: كيف جاز للبائع، والمذكور فى النص هو المشترى، فكما عديتم فيمن له الخيار فلنعديه فى مدته. فالجواب: أن البائع فى معنى المشترى فى المعنى المناط، فيلحق به دلالة، وكثير المدة ليس كقليلها، لأن معنى الغرور يتمكن بزيادة المدة، فيزداد الغرور وهو مفسد. (ع)

(٦) على ثلاثة أيام.

(٧) قوله: "إلا أنه إذا جاز إلخ" استثناء من قوله: ولا يجوز أكثر منها، أى لو ذكر الأكثر منها، وأجاز من له الخيار فى الثلث جاز. (عينى)

(٨) أى البيع.

(٩) أى هذا العقد.

(١٠) قوله: "فلا ينقلب جائزًا" لأن البقاء على وفق الثبوت، فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين، ثم أسقط الدرهم الزائد. (ع)

(١١) أى من له الخيار.

(١٢) قوله: "أسقط المفسد" وهو شرط اليوم الرابع قبل تقرره، أى لزومه وثبوته بمضى ثلاثة أيام، كما لو باع جزعًا فى السقف، ثم نزعه وسلمه. (مل)

(١٣) قوله: "كما إذا باع بالرقم إلخ" الرقم فى الأصل الكتابة والختم، والتاجر يرقم الثياب أى يعلمها بأن ثمنها كذا، والمراد من البيع بالرقم هو أن يعلم البائع على الثوب بعلامة يعلم بها الدلال، أو غيره بأن ثمن الثوب كذا درهما، ولا يعلم المشترى ذلك القدر، فيقول صاحب الثوب، أو الدلال، أو غيره: بعتك هذا الثوب برقمه، فقال المشترى: قبلت من غير أن يعلم مقداره ينعقد البيع فاسدًا، ثم لو علم المشترى قدر ذلك الرقم فى المجلس، وقبله ينقلب البيع جائزًا بالاتفاق. (ك)

(١٤) الرقم الكتابة، ورقم الثوب: كتابته، وهو فى الأصل مصدر، يقال: رقمت الثوب. (ص)

وأعلمه في المجلس، ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع، فإذا أجاز قبل ذلك[١] لم يتصل المفسد بالعقد[٢]، ولهذا[٣] قيل: إن العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع، وقيل: ينعقد فاسدا، ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط، وهذا[٤] على الوجه الأول[٥]. ولو اشترى على أنه إن لم ينقد[٦] الثمن[٧] إلى ثلثة أيام فلا بيع بينهما جاز، وإلى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر، فإن نقد[٨] في الثلاث جاز[٩] في قولهم جميعًا.

والأصل[١٠] فيه: أن هذا[١١] في معنى اشتراط الخيار إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد تحرزاً[١٢] عن المماطلة[١٣] في الفسخ، فيكون[١٤] ملحقًا به، وقد مر[١٥] أبو حنيفة على أصله[١٦] في الملحق[١٧] به، ونفى الزيادة[١٨] على

(١) فصار كان الخيار لم يكن مشروطًا في اليوم الرابع. (زيلعي)

(٢) أي اتصال اليوم الرابع.

(٣) قوله: "ولهذا قيل إلخ" [أي للدليل الأخير] اعلم أن مشايخنا اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتداء على قول أبي حنيفة، فذهب العراقيون إلى أنه ينعقد فاسداً، ثم ينعقد صحيحاً بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع. وذهب أهل خراسان، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي إلى أنه موقوف، فإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد، وإلا فلا. فقول المصنف: أنه أسقط المفسد قبل تقرره تعليل على الرواية الأولى، وذكر النظير لهذا بقوله: كما إذا باع إلخ. وقوله: لأن الفساد إلخ تعليل على الرواية الثانية. (عيني)

(٤) أي هذا القول الأخير.

(٥) وهو قوله: وله أنه أسقط إلخ. (ك)

(٦) نقد بالفتح آماده كردن، ودادن، وسره كردن درم ودينار. (م)

(٧) ويسمى هذا خيار النقد.

(٨) أي المشتري الثمن.

(٩) لزوال المفسد.

(١٠) قوله: "والأصل فيه" أي في الشراء بشرط أنه إذا لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما: أن هذا أي الشراء بهذا الشرط في معنى شرط الخيار؛ لأن معنى الخيار نقد الثمن على تقدير إجازة البيع وعدم نقده على تقدير فسخ البيع، فكذا ههنا إن شاء نقد الثمن فتم البيع، وإن شاء لم ينقد فانفسخ البيع. (عيني)

(١١) من حيث الحاجة.

(١٢) قوله: "تحرزاً عن [تعليل لقوله: مست] إلخ" يعني أن الحاجة وإن كانت تندفع بالشراء بشرط الخيار لأنه إذا اشترى بالخيار إن شاء أجاز وإن شاء فسخ، إلا أنه ليس لمن له الخيار أن يفسخ لغير حضرة صاحبه على ما سيجيء، فيحصل المماطلة، أي المدافعة في الفسخ، فمن هذا الوجه مست الحاجة إلى خيار النقد، كذا قال العيني. (مل)

(١٣) درنگ ومطل كردن در حق كسى -دفع الوقت كردن- (م). (من)

(١٤) خيار النقد.

(١٥) أي ذهب.

(١٦) أي على أصله المذكور في إلخ.

الثلاث، وكذا محمد[١] في تجويز الزيادة، وأبو يوسف[٢] أخذ في الأصل بالأثر، وفي هذا بالقياس. وفي هذه المسألة[٣] قياس آخر، وإليه مال زفر، وهو أنه[٤] بيع شرط فيه إقالة[٥] فاسدة، لتعلقها بالشرط[٦]، واشتراط[٧] الصحيح منها[٨] فيه[٩] مفسد للعقد، فاشتراط الفاسد أولى[١٠]، ووجه[١١] الاستحسان ما بينا.

قال[١٢]: وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه؛ لأن[١٣] تمام هذا السبب[١٤] بالمراضاة، ولا تتم مع الخيار، ولهذا[١٥] ينفذ عتقه، ولا يملك[١٦] المشتري التصرف فيه وإن[١٧] قبضه بإذن البائع. فلو قبضه المشتري، وهلك في يده في مدة الخيار[١٨] ضمنه

---

(١٧) أي خيار الشرط.

(١٨) في الملحق.

(١) مر على أصله في الملحق والملحق به.

(٢) قوله: "وأبو يوسف أخذ في الأصل" أي في شرط الخيار بالأثر، وهو ما روى أن ابن عمر رضي الله عنه أجاز الخيار إلى شهرين، وفي هذا أي في الزائد على ثلاثة أيام في خيار النقد بالقياس، لأن القياس في شرط الخيار ما قاله أبو حنيفة، وإنما تركاه بأثر ابن عمر، ولا أثر ههنا، فبقي على أصل القياس. (ك)

(٣) أي لو اشترى إلخ.

(٤) أي أن هذا العقد

(٥) أعني قوله: فلا بيع، هو فسخ العقد بالتراضي.

(٦) هو عدم النقد.

(٧) قوله: "واشتراط الصحيح منها" بأن يقول: بعتك هذا العين على أن تقيله لم يصح، لأنه على خلاف مقتضى العقد، وهذه إقالة مفسدة، وصحيحة لأنها غير معلقة. (مل)

(٨) إقالة.

(٩) أي في البيع.

(١٠) أي في إفساد العقد.

(١١) قوله: "ووجه الاستحسان إلخ" يعني أن هذا البيع لا يجوز إلى ثلاثة أيام أيضاً قياساً، كما قال زفر، ولكنا جوزناه استحساناً، ووجهه ما بينا، وهو أن هذا في معنى شرط الخيار إلخ. (عيني)

(١٢) هذا قول القدوري. (سقاية)

(١٣) قوله: "لأن تمام هذا السبب بالمراضاة" لما عرفت من قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾، ولا يتم الرضا مع الخيار؛ لأنه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه، فلم يتم السبب في حق البائع، فإنه لا يعمل إلا مع وجود الشرط وهو الرضاء، فلا يوجب حكمه في حقه، فلا يخرج المبيع عن ملكه. (ف)

(١٤) أي العلة يعني البيع.

(١٥) أي لأجل كونه على ملك صاحبه.

(١٦) ويملك البائع. (زيلعي)

(١٧) الواو وصلية.

(١٨) ولو هلك بعدها فيلزمه الثمن لا القيمة لبطلان الخيار. (ع)

بالقيمة[١]؛ لأن البيع ينفسخ بالهلاك[٢]، لأنه[٣] كان موقوفًا[٤]، ولا نفاذ[٥] بدون المحل، فبقى[٦] مقبوضًا فى يده على سوم الشراء[٧]، وفيه القيمة[٨]، ولو هلك[٩] فى يد البائع انفسخ البيع، ولا شىء على المشترى اعتبارًا[١٠] بالصحيح المطلق.

قال[١١]: وخيار المشترى لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع؛ لأن البيع فى جانب[١٢] الآخر لازم[١٣]، وهذا[١٤] لأن الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار؛ لأنه شرع نظرًا[١٥] له دون الآخر.

قال[١٦]: إلا أن المشترى لا يملكه[١٧] عند أبى حنيفة، وقالا: يملكه؛ لأنه لما خرج عن ملك البائع، فلو لم يدخل فى ملك المشترى يكون زائلا[١٨] لا إلى مالك، ولا

---

(١) قوله: "ضمنه بالقيمة" وقال ابن أبى ليلى: لا شىء عليه؛ لأنه أمين فيه حيث قبضه بإذن صاحبه، وإنا نقول: البائع ما رضى بقبضه إلا بجهة العقد، والمقبوض بجهة العقد يكون مضمونًا بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء. (ك)

(٢) أى هلاك المبيع.

(٣) بيم.

(٤) لوجود الخيار.

(٥) قوله: "ولا نفاذ إلخ" يعنى أن المعقود عليه بالهلاك صار إلى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه، فلا يلحقها الإجازة. (عناية)

(٦) المبيع.

(٧) قوله: "سوم الشراء" سمت بالسلعة: بها كردم متا ع را. (من)

(٨) قوله: "وفيه القيمة" أى فى المقبوض على سوم الشراء القيمة إذا لم يكن مثليًا، فإن كان مثليًا فعليه المثل، ثم إن المقبوض على سوم الشراء، إنما يكون مضمونًا إذا كان الثمن مسمّى حتى إذا قال: اذهب بهذا الثوب، فإن رضيته اشتريته، فذهب به فهلك لا يضمن. ولو قال: إن رضيته اشتريته بعشرة، فذهب به فهلك ضمن قيمته، وعليه الفتوى. (ك)

(٩) المبيع.

(١٠) قوله: "اعتبارًا إلخ" أى فى البيع الصحيح المطلق عن الخيار إذا هلك المبيع فى يد البائع ينفسخ البيع. فإن قيل: فائدة قيده بالصحيح مع أن الحكم فى الفاسد كذلك. قلنا: إجراء التصرفات المسلمين على ما هو الأليق بحالهم من التصرفات الصحيحة دون الفاسدة. (ك)

(١١) أى القدورى (عينى)

(١٢) البائع.

(١٣) قوله: "لازم" أى ثابت لتمام الرضا منه حتى لا يتمكن البائع من الفسخ. (عينى)

(١٤) أى عدم منع خيار المشترى لخروج المبيع عن ملك البائع.

(١٥) قوله: "نظرًا له [رحمة] إلخ" يعنى أن الخيار مانع للحكم فى جانب من له الخيار، لا فى جانب من ليس له الخيار. (ب)

(١٦) أى القدورى. (عينى)

(١٧) المبيع.

(١٨) أى زائلا لا ينتسب إلى إلخ.

عهد لنا[١] به فى الشرع[٢]. ولأبى حنيفة: أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه[٣]، فلو قلنا: بأنه يدخل المبيع فى ملكه لاجتمع البدلان[٤] فى ملك رجل واحد حكماً[٥] للمعاوضة، ولا أصل[٦] له فى الشرع، لأن المعاوضة يقتضى المساواة[٧].

ولأن[٨] الخيار شرع نظراً للمشترى ليتروى[٩]، فيقف على المصلحة، ولو ثبت[١٠] الملك ربما يعتق[١١] عليه[١٢] من غير اختياره[١٣] بأن كان[١٤] قريبه، فيفوت النظر. قال[١٥]: فإن هلك[١٦] فى يده هلك بالثمن، وكذا إذا دخله عيب، بخلاف[١٧]

---

(١) قوله: "ولا عهد [أى لا علم] لنا إلخ" ونوقض بما إذا اشترى متولى الكعبة عبد الخدمة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع، ولا يدخل فى ملك المشترى.وأجيب بأن كلامنا فى التجارة، وما ذكرتم ليس منها، بل هو ملحق بتوابع الأوقاف. (ع)

(٢) أى غير معهود فى شريعتنا أن يكون الشىء مملوكًا ولا مالك له. (ك)

(٣) المشترى.

(٤) أى الثمن والمبيع.

(٥) قوله: "حكمًا للمعاوضة" احترز به عن الضمان فى غصب المدبر، فإن المدبر المغصوب إذا أبق من يد الغاصب يجب الضمان على الغاصب، ولا يخرج المدبر عن ملك المولى، فقد اجتمع البدلان، وهوالمدبر وبدله، وهو الضمان فى ملك المولى. قلنا: ذاك ضمان جناية لا ضمان معاوضة، وكلامنا فى الذى يقبل الانتقال بحكم المعاوضة. (ك)

(٦) قوله: "ولا أصل له إلخ" أما الجواب عن قولهما: ولا عهد لنا إلخ فهو أنه يبطل ذلك بالتركة المستغرقة بالدين، لأن التركة تزول عن ملك الميت، ولا تدخل فى ملك الورثة، كذا قال العينى، وهكذا ذكر الإمام التمر تاشى.

وقال فى الكفاية: لكن فى قوله: يزول عن ملك الميت منع إذ التركة مبقاة فى حكم ملك الميت فيما هو من حوائجه، وقضاء الدين منها، فلا يزول ملكه. (مل)

(٧) وهو أن يدخل المبيع فى ملك المشترى والثمن فى ملك البائع.

(٨) دليل ثان للإمام.

(٩) تروّى فى الأمر: أنديشيد در كار. (من)

(١٠) أى للمشترى.

(١١) المبيع.

(١٢) المشترى.

(١٣) فإن من ملك ذا رحم محرم عتق عليه.

(١٤) المبيع.

(١٥) أى القدورى. (عينى)

(١٦) قوله: "فإن هلك" أى المبيع فى مدة الخيار فى يده أى المشترى، والخيار له، هلك بالثمن، أى لزم العقد ويجب الثمن. وكذا أى هلك بالثمن إذا دخله فى المدة عيب فى يده، والمراد العيب الذى لا يرتفع، كما إذا قطعت يده، وإن كان يرتفع كالمرض، فعلى خياره، فإن لم يرتفع فى مدة الخيار لزم العقد فيه، كذا قال الزيلعى. (س)

(١٧) قوله: "بخلاف ما إذا كان إلخ" يعنى إذا كان الخيار للبائع، وهلك المبيع فى يد المشترى فى مدة الخيار، ويجب القيمة. ووجه الفرق بين ما إذا كان الخيار للمشترى، وهلك فى يده، فيجب الثمن، وبين ما إذا كان الخيار للبائع، وهلك فى يد المشترى فى مدة الخيار حيث يجب القيمة: أنه إلخ. (عينى)

ما إذا كان الخيار للبائع.

ووجه الفرق أنه إذا دخله[١] عيب يمتنع الرد، والهلاك لا يعرى[٢] عن مقدمة عيب، فيهلك[٣]، والعقد[٤] قد انبرم[٥]، فيلزمه الثمن، بخلاف ما تقدم، لأن بدخول العيب لا يمتنع[٦] الرد حكماً لخيار البائع، فيهلك، والعقد[٧] موقوف[٨].

قال[٩]: ومن[١٠] اشترى امرأته[١١] على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح؛ لأنه لم يملكها لما له من[١٢] الخيار، وإن وطأها[١٣]، له[١٤] أن يردها؛ لأن الوطئ بحكم النكاح[١٥]، إلا[١٦] إذا كانت بكراً؛ لأن الوطئ ينقصها[١٧]، وهذا[١٨] عند أبي حنيفة. وقالا: يفسد النكاح؛ لأنه ملكها، وإن وطأها لم يردها، لأن وطئها بملك

---

(١) قو[له]: "أنه إذا دخله إلخ" أي إذا كان المبيع في يد المشترى والخيار للمشترى، فدخله عيب يمتنع الرد، ويبطل الخيار لما ذكر[نا، و]ـه تعذر عليه الرد كما قبض سليماً من العيب، وكذلك في الهلاك، لأنه لما أشرف على الهلاك سقط خياره بعجزه عن رده كما قبضه، فتم البيع وهو قائم، فلزم الثمن المسمى.

بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع؛ لأنه وإن أشرف على الهلاك، فخيار البائع لم يسقط، لأنه لم يعجز عن التصرف بحكم الخيار؛ لأنه لو رضي به يتمكن من الاسترداد، فإنه إذا هلك هلك على ملكه، فينفسخ العقد ضرورةً، إذ لو لزم البيع فيه للزم بعد موته، وذا لا يجوز لعدم المحل، فكان مضموناً بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء. (ك)

(٢) أي لا يخلو عن تقدم عيب، ومرض.

(٣) المبيع.

(٤) الواو للحال.

(٥) لزم وتم، الانبرام: تمام شدن بيع. (تاج)

(٦) على المشترى.

(٧) الواو حالية.

(٨) فيلزم القيمة.

(٩) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٠) قوله: "ومن اشترى إلخ" هذه مسائل تترتب على الأصل المتقدم ذكره وهو: أن الخيار إذا كان للمشترى يخرج المبيع عن ملك البائع، ولا يدخل في ملك المشترى عند أبي حنيفة، وعندهما يدخل. (عيني)

(١١) قوله: "امرأته [أي منكوحته التي كانت أمة رجل]" قيد بشراء امرأته؛ لأن المشتراة إذا لم تكن امرأته لا تفصيل فيه بين كونها بكراً أو ثيباً في أنه يكون مختاراً للبيع بالوطئ بالإجماع سواء نقصها الوطئ أو لم ينقصها. (ك)

(١٢) بيان ما.

(١٣) قوله: "وإن وطأها" أي وطأها وهي ثيب، ولم ينقصها الوطئ، أما إذا نقصها فليس له الرد، وإن كانت ثيباً. (ك)

(١٤) أي جاز له.

(١٥) لا بملك اليمين حتى تكون الوطئ إجازة، ويسقط الخيار.

(١٦) استثناء من قوله: له أن يردها.

(١٧) وليس له الرد بعد ما تعيب عنده.

(١٨) أي المذكور إلى ههنا.

اليمين[١]، فيمتنع الرد وإن[٢] كانت ثيبًا. ولهذه المسألة أخوات[٣] كلها تبتنى على وقوع الملك[٤] للمشترى بشرط الخيار وعدمه[٥].

منها: عتق[٦] المشترى على المشترى إذا كان قريبًا له فى مدة الخيار.

ومنها: عتقه[٧] إذا كان المشترى حلف إن ملكت عبدًا[٨] فهو حر، بخلاف[٩] ما إذا قال: إن اشتريت[١٠]، لأنه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء، فيسقط الخيار[١١].

ومنها: أن حيض المشتراة[١٢] فى المدة[١٣] لا يجتزئ[١٤] به فى الاستبراء عنده، وعندهما يجتزئ[١٥]، ولو ردت بحكم الخيار إلى البائع لا يجب[١٦] عليه[١٧] الاستبراء عنده، وعندهما يجب[١٨] إذا ردت بعد القبض[١٩].

---

(١) فيكون إجازة.

(٢) وصلية.

(٣) أى نظائر فى كونها متفرعة على الأصل المتقدم. (ع)

(٤) عندهما.

(٥) عنده.

(٦) لا يعتق عليه عنده لعدم الملك خلافًا لهما.

(٧) أى لا يعتق عنده لعدم الملك خلافًا لهما.

(٨) هذا هو الحلف.

(٩) قوله: "بخلاف ما إذا قال إلخ" حيث يعتق عندهم جميعًا، لأنه كالمنشئ للعتق؛ لأن المعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط، ولو أنشأ العتق بعد شراءه بالخيار عتق ويسقط الخيار، كذا هذا.

فإن قيل: لو كان كالمنشئ للعتق لوقع عتق المحلوف بعتقه بالشراء عن الكفارة إذا اشتراه ناويًا عن الكفارة؟

قلنا: إنما جعلناه كالمنشئ تصحيحًا للجزاء، أعنى قوله: فهو حر، وليس من ضرورة جعله كالمنشئ فى حق الجزاء جعله كالمنشئ فى صحة نية الكفارة؛ لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها، هذا ما فى "الكفاية". (مل)

(١٠) عبدًا فهو حر.

(١١) ويعتق إجماعًا.

(١٢) بالخيار.

(١٣) أى فى مدة الخيار.

(١٤) قوله: "لا يجتزئ [لاجتزاء: بس كردن. م] به [أى لا تعد هذه الحيضة من الاستبراء لعدم الملك] إلخ" وعليه أن يستبريها بحيضة أخرى، والاستبراء طلب براءة الرحم عن قرار نطفة الغير.

(١٥) لثبوت الملك.

(١٦) قوله: "لا يجب إلخ" لأن الاستبراء يجب بالانتقال من ملك إلى ملك، ولم يوجد، فإنها لم تدخل فى ملك غيره، وهذا سواء كان الرد قبل القبض، أو بعده، كذا فى "الكفاية". (مل)

(١٧) البائع.

(١٨) الاستبراء.

(١٩) قوله: "بعد القبض" فأماقبل القبض فيجب الاستبراءقياسًا، ولايجب استحسانًا؛لأن الملك وإن ثبت لكنه لم يتقرر.(ك)

ومنها إذا ولدت[١] المشتراة[٢] فى المدة بالنكاح لاتصير أم ولدله عنده خلافًا لهما.

ومنها: إذا قبض المشترى المبيع بإذن البائع، ثم أودعه عند البائع، فهلك فى يده[٣] فى المدة[٤] هلك[٥] من مال البائع لارتفاع[٦] القبض[٧] بالرد[٨] لعدم الملك عنده، وعندهما من مال المشترى لصحة[٩] الإيداع باعتبار قيام الملك[١٠].

ومنها: لو كان المشترى[١١] عبدًا مأذونًا له، فأبرأه[١٢] البائع عن الثمن فى المدة بقى خياره عنده؛ لأن الرد[١٣] امتناع[١٤] عن التملك، والمأذون له[١٥] يليه، وعندهما بطل خياره؛ لأنه لماملكه[١٦] كان الرد منه تمليكًا[١٧] بغيرعوض، وهوليس[١٨] من أهله.

ومنها: إذا اشترى ذمى من ذمى خمرًا على أنه بالخيار، ثم أسلم بطل الخيار عندهما لأنه ملكها، فلا يملك ردها[١٩] وهو[٢٠] مسلم، وعنده يبطل البيع؛ لأنه لم

---

(١) قوله: "إذا ولدت إلخ" يعنى أنه اشترى الأمة التى كانت منكوحة له، وولدت منه فى مدت الخيار بالنكاح فى يد البائع قبل قبض المشترى لا تصير أم ولد له، لعدم الملك، وأما إذا قبضها المشترى، وولدت عنده فى المدة يثبت الملك له، ويسقط الخيار، وتصير أم ولد بالاتفاق؛ لأنها تعيبت بالولادة، فلا يمكن ردها بعد العيب، كذا فى "العناية". (مل)

(٢) بالخيار.

(٣) أى فى يد البائع.

(٤) أو بعدها.

(٥) ويبطل البيع. (ك)

(٦) قوله: "لارتفاع القبض إلخ" أى لأن الوديعة لم تصح لعدم ملك المودع، وإذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض، وأنه من مال البائع. (عينى)

(٧) أى قبض المشترى المبيع.

(٨) إلى البائع.

(٩) قوله: "لصحة الإيداع" فصار هلاكه فى يد المودع، كهلاكه فى يده، لأن يد المودع كيده. (عينى)

(١٠) للمشترى.

(١١) بالخيار.

(١٢) قوله: "فأبرأه إلخ" فإن قيل: إذا كان الخيار للمشترى لا يخرج الثمن عن ملكه بالإجماع، فلا يملكه البائع ضرورة، فكيف يصح إبراءه. قلنا: فى القياس أن لا يصح إبراءه، لأنه لا يملك الثمن، وفى الاستحسان يصح إبراءه، لأنه حصل بعد وجود سبب الملك وهو العقد. (ك)

(١٣) أى من المأذون.

(١٤) لنفسه.

(١٥) أى له ولاية الامتناع عن التملك. (ك)

(١٦) المبيع.

(١٧) للبائع.

(١٨) قوله: "ليس من أهله" لأن التمليك بغير عوض تبرع، والمأذون له ليس مجازًا بالتبرع

(١٩) لأن الإسلام يمنع تمليك الخمر.

يملكها[١]، فلا يتملكها[٢] بإسقاط الخيار وهو[٣] مسلم.

قال[٤]: ومن[٥] شرط له الخيار فله أن يفسخ في مدة الخيار، وله أن يجيز[٦]، فإن أجاز بغير حضرة صاحبه جاز، وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضراً[٧] عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف يجوز، وهو قول الشافعي، والشرط هو العلم[٨]، وإنما كنى[٩] بالحضرة عنه. له[١٠]: أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه[١١]، فلا يتوقف[١٢] على علمه كالإجازة[١٣]، ولهذا[١٤] لا يشترط رضاه، وصار[١٥] كالوكيل[١٦] بالبيع. ولهما: أنه[١٧] تصرف في حق[١٨] الغير، وهو العقد بالرفع[١٩]، ولا يعرى[٢٠] عن المضرة، لأنه[٢١] عساه[٢٢] يعتمد تمام البيع السابق،

---

(٢٠) الواو حالية.

(١) حال الذمية.

(٢) لأن الإسلام يمنع عن تملك الخمر.

(٣) الواو حالية.

(٤) أي القدوري.

(٥) قوله: "من شرط إلخ" هذا بعمومه يتناول البائع، والمشتري، والأجنبي؛ لأن شرط الخيار يصح منهم جميعًا. (ع)

(٦) البيع.

(٧) عالمًا.

(٨) أي علم الفسخ.

(٩) قوله: "وإنما كنى بالحضرة عنه [أي عبر]" يعني ذكر السبب وأراد المسبب؛ لأن الحضور سبب العلم. (عيني)

(١٠) أي من شرط له الخيار.

(١١) لأن كل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه. (ع)

(١٢) الفسخ.

(١٣) لا تتوقف على علمه.

(١٤) قوله: "ولهذا" أي لأجل عدم توقف فعله على علم صاحبه.

(١٥) أي من له الخيار.

(١٦) قوله: "كالوكيل بالبيع" فإن الوكيل له أن يتصرف فيما وكل به وإن كان الموكل غائبًا لما أنه مسلط من جهة الموكل، فكذلك من له الخيار مسلط من جهة صاحبه. (ك)

(١٧) فسخ.

(١٨) هو من لا خيار له.

(١٩) أي برفع العقد.

(٢٠) قوله: "ولا يعرى عن المضرة [الفسخ]" فإن قيل: لو لم ينفرد بالفسخ يلزم الضرر أيضًا، وهو أن يخفى الذي ليس من جانبه الخيار شخصه حتى يمضي مدة الخيار، فلزمه العقد شاء أو أبى، فيتضرر من له الخيار إذا أبى لزوم البيع. قلنا: إنما لزم هذا الضرر من جانبه بتقصيره في أخذ الكفيل من صاحبه، فكان ضرراً مرضيًا، بخلاف ما نحن فيه. (ك)

فيتصرف فيه[١]، فيلزمه[٢] غرامة القيمة بالهلاك[٣] فيما إذا كان الخيار للبائع، أو لا يطلب[٤] لسلعته مشتريًا[٥] فيما إذا كان الخيار للمشترى، وهذا نوع ضرر، فيتوقف[٦] على علمه، وصار كعزل الوكيل[٧]، بخلاف الإجازة؛ لأنه لا إلزام[٨] فيه. ولا نقول[٩]: إنه[١٠] مسلط[١١]، وكيف يقال: ذلك؟ وصاحبه[١٢] لا يملك الفسخ[١٣]، ولا تسليط[١٤] فى غير ما يملكه المسلط، ولو كان[١٥] فسخ فى حال غيبة صاحبه، وبلغه[١٦] فى المدة[١٧] تم الفسخ لحصول العلم به، ولو بلغه[١٨] بعد مضى المدة تم العقد بمضى المدة قبل الفسخ. قال[١٩]: وإذا مات[٢٠] من له الخيار[٢١] بطل خياره،

(٢١) أى الذى ليس له الخيار.

(٢٢) أى قرب له.

(١) أى فى المبيع.

(٢) قوله: "فيلزمه القيمة" وقد تكون القيمة أكثر من الثمن، وهوضرر. (مل)

(٣) أى بهلاك المبيع.

(٤) البائع.

(٥) وقد تكون المدة أيام رواج المبيع. (ع)

(٦) الفسخ.

(٧) قوله: "صار كعزل الوكيل" فإنه موقوف على علمه بعزل الموكل كيلا يتضرر بلزوم الثمن فيما إذا كان وكيلا بالشراء، وببطلان قوله: فيما إذا كان وكيلا بالبيع. (عينى)

(٨) قوله: "لأنه لا إلزام فيه [أى لا إلزام ضرر]" كأنه لا يلزم الآخر بإجازته شيئًا، لأن العقد لازم من جانب المشروط عليه الخيار. (ك)

(٩) جواب دليل أبى يوسف.

(١٠) من له الخيار.

(١١) أى على الفسخ.

(١٢) الواو حالية.

(١٣) للزوم العقد من جانبه.

(١٤) قوله: "ولا تسليط إلخ" فهو إنما يتمكن من الفسخ، لأن العقد غير لازم فى حقه، وبفوت صفة اللزوم يتمكن من الفسخ بلا رضا صاحبه، ولكن لا يتمكن بلا علمه، وهذا بخلاف الوكيل حيث يتصرف بغير علم الموكل؛ لأنه مسلط على التصرف من جهة الموكل، فتسليطه إياه على التصرف فوق علمه به. (ك)

(١٥) قوله: "ولو كان فسخ إلخ" يشير إلى أن الشرط هو العلم دون الحضور، وليس المراد بقوله: كنى الكناية الاصطلاحية لأرباب البلاغة، لكن المراد به ما استتر المراد به. (ع)

(١٦) أى خبر الفسخ.

(١٧) مدة الخيار.

(١٨) الخبر.

(١٩) أى القدورى. (عينى)

ولم ينتقل إلى ورثته، وقال الشافعي: يورث[١] عنه[٢]، لأنه[٣] حق لازم ثابت في البيع، فيجري فيه الإرث كخيار العيب[٤] والتعيين[٥].

ولنا: أن الخيار ليس[٦] إلا مشية وإرادة، ولا يتصور[٧] انتقاله، والإرث[٨] فيما يقبل الانتقال بخلاف[٩] خيار العيب، لأن المورث استحق المبيع سليمًا، فكذا الوارث[١٠]، فأما نفس الخيار لا يؤرث، وخيار[١١] التعيين يثبت للوارث ابتداء[١٢] لاختلاط ملكه بملك الغير[١٣]، لا أن يورث الخيار.

قال[١٤]: ومن اشترى شيئًا، وشرط الخيار لغيره فأيهما أجاز[١٥] جاز، وأيهما

(٢٠) قوله: "وإذا مات من له الخيار إلخ" هذا اللفظ بعمومه يتناول البائع والمشترى وغيرهما. وإذا مات من عليه الخيار فالخيار باق بالإجماع، ثم لما بطل الخيار عندنا يلزم البيع، وقال مالك: ينفسخ العقد. (ك)

(٢١) أي خيار الشرط.

(١) إيراث: وارث گردانيدن. (من)

(٢) أي ينتقل عنه إلى الوارث.

(٣) قوله: "لأنه حق إلخ" إنما قال: حق، لأن حق الإنسان ما يتولى إثباته وإسقاطه، ولازم لأن صاحبه لا يتمكن من إبطاله. (عيني)

(٤) قوله: "كخيار العيب" يعني إذا اشترى معيبا، ومات قبل أن يطلع على عيبه، فللورثة الخيار. (مل)

(٥) قوله: "والتعيين" صورته: رجل اشترى أحد عبدين على أنه بالخيار، يأخذ أيهما شاء بألف، ويرد الآخر، ثم مات المشترى يقوم وارثه مقام مورثه في اختيار أحدهما. (عيني)

(٦) قوله: "ليس إلا مشية إلخ" فإن معنى قولنا: فلان بالخيار في كذا أي المشية إليه إن شاء فعل، وإن شاء لم يفعل. (ك)

(٧) قوله: "ولا يتصور انتقاله" لأنه عرض وصفة كسائر أوصافه من القدرة، والحياة، والعرض لا يقبل الانتقال إلى الوارث، والإرث يكون فيما يقبل الانتقال إلى الوارث، وما لا يحتمل الانتقال لا يورث كملكه في منكوحته، وأم ولده، فإنه خلافة عن المورث بنقل الأعيان إلى الوارث. (مل)

(٨) قوله: "والإرث فيما يقبل إلخ" لا يقال: قال عليه الصلاة والسلام: «من ترك مالا أو حقا فلورثته»، والخيار حق، فيكون لورثته، لأن المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله: فلورثته على ما مر، والخيار ليس كذلك.

قيل: المالكية صفة تنتقل من المورث إليه في الأعيان، فهلا يكون الخيار كذلك، وأجيب بأن المنتقل هو العين، ونقل المالكية ضمني، قيل: فليكن خيار الشرط كذلك، بأن ينتقل المبيع من المورث إلى الوارث. ثم الخيار مبيعة ضمنا

وأجيب بأن الخيار ليس من لوازم المبيع بل الأصل عدمه، وكم من بيع لا خيار فيه، بخلاف المملوك، فإنه يستلزم مالكية المالك. (ع)

(٩) جواب عما قاس عليه الشافعي.

(١٠) لأنه قائم مقامه، فكان الانتقال ههنا في الأعيان.

(١١) جواب عما قاس عليه الشافعي.

(١٢) قوله: "ابتداء" يعني أنه بطل ذلك الخيار الأول تجدد للوارث خيار آخر حكمًا، ألا ترى أن المورث كان له خيار الفسخ، وكان خياره موقتا، والوارث ليس له الفسخ، وليس خياره بموته، كذا في "العناية". (مل)

(١٣) وقد اسقط الغير حقه في التعيين. (أعظمي)

(١٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

نقض انتقض، وأصل هذا: أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانًا، وفى القياس لا يجوز، وهو قول زفر؛ لأن الخيار من مواجب[١] العقد[٢] وأحكامه، فلا يجوز[٣] اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن[٤] على غير المشترى. ولنا[٥]: أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد، فيقدر[٦] الخيار له اقتضاء[٧]، ثم يجعل هو نائبًا عنه تصحيحًا لتصرفه، وعند ذلك[٨] يكون لكل واحد منهما الخيار، فأيهما أجاز جاز، وأيهما نقض انتقض، ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق[٩]، لوجوده[١٠] فى زمان لا يزاحمه، فيه غيره، ولو خرج الكلامان منهما معًا يعتبر تصرف العاقد[١١] فى رواية[١١]، وتصرف الفاسخ[١٣] فى أخرى[١٤].

---

(١٥) البيع.

(١) جمع موجب، بمعنى لازم گردانيده شده. (غث)

(٢) بمقتضى الشرط الممنوع شرعًا. (عناية)

(٣) لأنه خلاف مقتضى العقد. (عينى)

(٤) فإنه مفسد للعقد.

(٥) قوله: "ولنا أن الخيار إلخ" التفصيل أن الحاجة قد تدعو إلى اشتراط الخيار فيه للأجنبي لكون الأجنبي أعرف بالمبيع، أو بالعقد، فصار كالاحتياج إلى نفس الخيار للعاقد، فالخيار لغير العاقد إذا شرط فإما بالأصالة أو بالنيابة عن العاقد، والأول باطل، إذ لا وجه لثبوت الخيار لغير العاقد أصالة، فثبت الثانى فيجعل كان العاقد شرط الخيار أولا لنفسه، وجعل الأجنبي نائبًا عنه فى التصرف تصحيحًا له بقدر الإمكان. (مل)

(٦) قوله: "فيقدر [فيقدم] إلخ" فإن قلت: إن شرط الاقتضاء أن يكون المقتضى أدنى منزلة من المقتضى، ولا يخفى أن العاقد أعلى مرتبة، فكيف يثبت الخيار اقتضاء. قلت: العبرة للمقاصد والغير هو المقصود بشرط الخيار، فكان هو الأصل نظرا إلى الخيار. فإن قلت: ينبغى أن يصح شرط الثمن على الأجنبى بطريق الكفالة، بأن يجب الثمن أولا على العاقد، ثم على الأجنبى على سبيل الكفالة تصحيحًا لتصرفه. قلت: إن الدين لا يجب على الكفيل فى الصحيح بل هو فى ذمة الأصيل، فإن الكفالة التزام المطالبة، والمذكور ههنا أن الثمن على الأجنبى. فإن قيل: فليكن بطريق الحوالة فإن فيها المطالبة بالدين. قلت: إن المشترى أصل فى وجوب الثمن عليه، فكيف يكون تابعًا لفرعه وهو المحتال عليه، كذا فى "العناية" و "الكفاية". (مل)

(٧) قوله: "اقتضاء" كقوله: اعتق عبدك عنى على ألف درهم، فأعتق، فإن الآمر يصير مشتريًا منه أولا، موكلا إياه بالعتق عندنا تصحيحًا للأمر. (ك)

(٨) أى عند ذلك التقدير.

(٩) قوله: "يعتبر السابق" وتصرف الآخر يلغو، لأن السابق إن كان هو الفسخ فى المفسوخ لا يلحقه الإجازة، وإن كان إجازة فقد انبرم العقد، وبعد الانبرام لا ينفرد أحد العاقدين بفسخه. (زيلعى)

(١٠) السابق.

(١١) فسخًا كان أو إجازةً.

(١٢) أى فى رواية كتاب بيوع "المبسوط". (نهاية)

(١٣) عاقدًا كان أو غيره.

وجه الأول: أن تصرف العاقد[١] أقوى[٢]، لأن النائب يستفيد الولاية[٣] منه.

وجه الثاني: أن الفسخ[٤] أقوى، لأن المجاز يلحقه[٥] الفسخ، والمفسوخ لا تلحقه[٦] الإجازة، ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا[٧] بحال[٨] التصرف.

وقيل: الأول قول محمد، والثاني[٩] قول أبي يوسف، واستخرج[١٠] ذلك مما إذا باع[١١] الوكيل من رجل والموكل من غيره معًا، فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل، وأبو يوسف يعتبرهما[١٢]. قال[١٣]: ومن باع عبدين بألف درهم على أنه[١٤] بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد، وإن باع كل واحد منهما بخمسمائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع. والمسألة على أربعة أوجه: أحدها: أن لا يفصل[١٥] الثمن، ولا يعين الذي فيه الخيار، وهو الوجه الأول في[١٦] الكتاب[١٧]،

(١٤) وهي رواية ما دون "المبسوط". (نهاية)

(١) قوله: "أقوى" واستشكل بما إذا وكل رجلا بطلاق امرأته للسنة، فطلقها الوكيل والموكل معًا، فإن الواقع طلاق أحدهما لا بعينه، وأجيب: بأن الترجيح يحتاج إليه عند تنافي الفعلين كالفسخ والإجازة، وأما إذا اتحدا، فالمطلوب حاصل بدونه، فلا حاجة إليه. (ع)

(٢) والأقوى يقدم على غيره.

(٣) التصرف.

(٤) قوله: "أن الفسخ أقوى" فإن قيل: الإجازة توجب الحرمة على البائع، فكان أولى قيل: الإجازة تأثيرها في إثبات الحل، والفسخ تأثيره في إبقاء الحل، فكان الإبقاء أولى. (ك)

(٥) كما لو أجاز، والمبيع هلك عند البائع.

(٦) قوله: "لا تلحقه إلخ" فإن العقد إذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا تلحقه الإجازة. (ع)

(٧) قوله: "رجحنا بحال التصرف" فأي تصرف من التصرفين يرجح على الآخر، فذاك، وفي "العناية": لا يقال: الفسخ أو الإجازة من توابع الخيار، فكان القياس ترجح تصرف من له الخيار، لأن جهة تمليك العاقد عارضه في ذلك. (مل)

(٨) أي القوة والضعف.

(٩) قيل: والثاني أصح. (عناية)

(١٠) قوله: "واستخرج" على صيغة المجهول، ذلك إشارة إلى الاختلاف الواقع بين أبي يوسف ومحمد، أراد به أن المنسوب إليهما ليس بمنقول عنهما، وإنما هو مستخرج مما إلخ. (عيني)

(١١) قوله: "مما إذا باع إلخ" وجه الاستخراج منه أن يقال: الوكيل من الموكل هناك بمنزلة الأجنبي من العاقد، ههنا في كون كل واحد منهما يستفيد الولاية من غيره، فترجيح تصرف العاقد عن محمد كترجيح تصرف الموكل منه، وترك ترجيح تصرف المال من غيره، واعتبارهما من أبي يوسف يدل على أنه لا ينظر إلى أحوال المتصرفين لتساويهما فيه، فبقي النظر في حال التصرف نفسه، والفسخ أقوى؛ لما ذكرنا. (ع)

(١٢) قوله: "يعتبرهما" أي يعتبر تصرف الموكل والوكيل، ويجعل العبد مشتركًا بين المشتريين بالنصف، ويخير كل واحد من المشتريين إن شاء أخذ النصف بنصف الثمن، وإن شاء نقض البيع لتفرق الصفقة عليه. (نهاية)

(١٣) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٤) مشتري.

(١٥) قوله: "لا يفصل الثمن" هي المذكورة في "الجامع الصغير"، ويمكن أن يكون هو المراد بالكتاب في قوله:

وفساده لجهالة الثمن والمبيع، لأن الذى فيه الخيار كالخارج[١] عن العقد، إذ العقد مع الخيار لا ينعقد فى حق الحكم[٢]، فبقى الداخل فيه أحدهما، وهو غير معلوم[٣].

والوجه الثانى: أن يفصل الثمن، ويعين الذى فيه الخيار، وهو المذكور ثانيًا فى[٤] الكتاب[٥]، وإنما جاز لأن المبيع معلوم، والثمن معلوم، وقبول[٦] العقد فى الذى فيه الخيار وإن[٧] كان شرطًا لانعقاده فى الآخر، ولكن هذا غير مفسد للعقد[٨]، لكونه محلا للبيع[٩] كما إذا[١٠] جمع بين قن ومدبر[١١]، والثالث: أن يفصل[١٢] ولا يعين[١٣]. والرابع: أن يعين[١٤] ولا يفصل، والعقد فاسد فى الوجهين،

وهو الوجه الأول فى الكتاب، والأظهر أنه يريد به البداية، لأن الهداية شرحها. (ف)

(١٦) أى المتن.

(١٧) أى "الجامع الصغير". (عينى)

(١) لأنه يشبه الاستثناء.

(٢) أى الملك.

(٣) وثمنه أيضًا غير معلوم.

(٤) أى المتن.

(٥) أى "الجامع الصغير". (عينى)

(٦) قوله: "وقبول إلخ" هذا جواب شبهة وهى: أن يقال: ينبغى أن يفسد العقد فى هذا أيضًا لوجود المفسد وهو قبول العقد فى الذى لم يدخل فى العقد، لأن العبد الذى فيه الخيار غير داخل حكمًا، كما إذا جمع بين حر وقن، فإنه لا يجوز العقد فى القن وإن فصل الثمن لما أنه جعل قبول العقد فى الحر شرطًا لصحة العقد فى القن، فأجاب بقوله: وقبول إلخ. (عينى)

(٧) الواو متصلة.

(٨) قوله: "غير مفسد إلخ" لقائل أن يقول: هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسدًا، والجواب: أنه ليس فيه نفع لأحد العاقدين، ولا للمعقود عليه، فلا يكون فاسدًا. (ع)

(٩) قوله: "لكونه محلا للبيع" فكان داخلا فى العقد، وإن لم يدخل فى الحكم، بخلاف ما إذا جمع بين حر وقن، فإن الحر ليس بمحل للبيع أصلا، فلم يكن داخلا لا فى العقد ولا فى الحكم. (عينى)

(١٠) قوله: "كما إذا جمع [صح البيع فى القن بحصته من الثمن] إلخ" فإن المدبر محل للبيع حتى إن القاضى لو قضى بجواز بيعه نفذ، فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسدا للعقد فى الآخر. (عينى)

(١١) قوله: "قن" -بالكسر- بنده كه از پدر ومادر بنده زاده باشد، يا قن خالص در عبوديت. (من)

(١٢) قوله: "أن يفصل [الثمن] إلخ" بأن قال: بعت منك هذين العبدين، كل واحد منهما بخمس مائة على أنى بالخيار فى أحدهما ثلاثة أيام، وهو فاسد لجهالة المبيع، لأن من فيه الخيار غير داخل فى الحكم، فبقى الآخر وحده، وهو مجهول، فصار المبيع مجهولا. (ك)

(١٣) الذى فيه الخيار.

(١٤) قوله: "أن يعين" أى الذى فيه الخيار ولا يفصل ثمن كل واحد منهما، فقال: بعت منك هذين العبدين بألف على أنى بالخيار فى هذا بعينه ثلاثة أيام وهو فاسد لجهالة الثمن، لأن من فيه الخيار غير داخل فى الحكم، فبقى الآخر وحده، وثمنه مجهول، لأنه ثبت بطريق الحصة بالتقسيم، فصار كالذى لم يدخل تحت العقد أصلا. (ك)

إمّا[١] لجهالة المبيع، أو لجهالة الثمن[٢].

قال[٣]: ومن اشترى ثوبين[٤] على أن يأخذ أيهما شاء[٥] بعشرة، وهو بالخيار ثلاثة أيام، فهو جائز، وكذلك الثلاثة[٦]، فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد، والقياس أن يفسد البيع فى الكل[٧] لجهالة المبيع[٨]، وهو قول زفر والشافعى.

وجه[٩] الاستحسان: إن شرع[١٠] الخيار[١١] للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق[١٢] والأوفق[١٣]، والحاجة إلى هذا النوع[١٤] من البيع متحققة؛ لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به[١٥]، أو اختيار من[١٦] يشتريه[١٧] لأجله، ولا يمكنه[١٨] البائع من

---

(١) لف ونشر مرتب.

(٢) قوله: "أو لجهالة الثمن" فإن قيل: لو كان عدم التفصيل مفسدا للعقد فى الآخر لفسد فى القن إذا جمع بينه وبين المدبر، وأم الولد، ولم يفصل الثمن.

أجيب: بأن عدم التفصيل مفسد إذا أدى إلى البيع بالحصة ابتداء، وفيما إذا منع عن انعقاد العقد فى حق الحكم مانع كشرط الخيار، فإنه يجعل العقد فيما شرط فيه الخيار فى حق الحكم كالمعدوم، فلو انعقد فى حق الآخر انعقد فى حقه بالحصة ابتداء، وهى مجهولة، وليس فيما إذا جمع بين القن والمدبر ما يمنع عن انعقاده فى حق الحكم، ولهذا لو قضى القاضى بجوازه نفذ، فكان قسمة الثمن على القن فى البقاء صيانة لحق محترم، لا ابتداء بالحصة. (ع)

(٣) أى محمد. (عينى)

(٤) قوله: "ثوبين" هذا من قبيل إطلاق اسم الكل على البعض مجازا، لأن المشترى اشترى أحد الثوبين، لا الثوبين على ما يذكره فى الكتاب. (نهاية)

(٥) هذا خيار التعيين.

(٦) أى الأثواب الثلاثة.

(٧) أى فى الاثنين، والثلاثة أيضًا.

(٨) قوله: "لجهالة المبيع" لأن المبيع أحد الأثواب، وهو غير معين، فهو مجهول جهالة مفضية إلى النزاع، لتفاوتها فى أنفسها، وما كان كذلك فهو مفسد للبيع. (ع)

(٩) قوله: "وجه الاستحسان" توضيح وجه الاستحسان: أن شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد، فالقياس يأباه، إلا أنه إنما شرع الخيار لحاجة الناس إلى الخيار دفعا للغبن ليختار ما هو الأرفق، أى الأنفع بالنظر إلى الثمن، والأوفق بحاله، ومثل تلك الحاجة موجودة إلى هذا النوع من البيع، فكان هذا النوع من البيع فى معنى ما ورد به الشرع، فيجوز هذا البيع. (سقاية)

(١٠) وفى نسخة شرط.

(١١) أى خيار الشرط.

(١٢) أى الأنفع بالنظر إلى الثمن.

(١٣) بحاله.

(١٤) أى البيع بخيار التعيين.

(١٥) المشترى.

(١٦) كامرأته وبنته.

(١٧) المبيع.

الحمل إليه[١] إلا بالبيع[٢]، فكان فى معنى ماورد[٣] به الشرع، غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث[٤] لوجود الجيد والوسط والردى فيها، والجهالة[٥] لا تفضى إلى المنازعة فى الثلاث، لتعيين من له الخيار، وكذا فى الأربع[٦]، إلا أن الحاجة إليها غير متحققة[٧]، والرخصة ثبوتها بالحاجة، وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة، فلا تثبت بأحدهما.

ثم قيل[٨]: يشترط أن يكون فى هذا العقد خيار[٩] الشرط مع خيار التعيين، وهو المذكور فى "الجامع الصغير". وقيل[١٠]: لا يشترط[١١]، وهو المذكور فى "الجامع الكبير"، فيكون ذكره على هذا الاعتبار[١٢] وفاقًا لا شرطًا، وإذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده[١٣]، وبمدة معلومة أيتها كانت[١٤]

---

(١٨) المشترى.

(١) أى إلى من يثق به أو إلى من يشتريه إلخ.

(٢) كيلا يبقى أمانته بيده.

(٣) وهو شرط الخيار ثلاثة أيام. (عينى)

(٤) أى بالثياب الثلاث.

(٥) قوله: "والجهالة إلخ" هذا جواب عمّا قال الإمام الشافعى وزفر من الجهالة فى وجه القياس. (عينى)

(٦) قوله: "وكذا فى الأربع" أى فى الثياب الأربع لا تفضى الجهالة إلى المنازعة.

(٧) قوله: "إلا أن الحاجة إليها غير متحققة" لوجود الجيد، والوسط، والردىء فى الثلاث، والزائد الرابع يقع مكرراً غير محتاج إليه، فانتفى جزء العلة، فإن علة الرخصة أمران الحاجة وعدم كون الجهالة مفضية إلى النزاع، فلا تثبت الرخصة بأحدهما، فإن الحكم لا يثبت إلا بإتمام علة، كذا فى "العناية". (مل)

(٨) قال شمس الأئمة: هو الصحيح. (زيلعى)

(٩) قوله: "خيار الشرط" وقتًا معلومًا ثلاثة أيام فما دونها فى قول أبى حنيفة، وزيادة على ذلك فى قول أبى يوسف ومحمد رحمه الله، لأن القياس يأبى جواز العقد بجهالة المبيع، وجهالة وقت لزوم العقد، وإنما جاز استحسانًا بطريق الإلحاق بموضع السنة، وهو شرط الخيار، فلا يصح بدونه، فإن شرط ذلك ثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين فإن ردهما بخيار الشرط فى الأيام الثلاثة، أو رد أحدهما بخيار التعيين كان له ذلك، وإذا مضت الأيام الثلاثة يبطل خيار الشرط، فلا يملك ردهما، ويبقى له خيار التعيين غير واحدهما. وإن مات المشترى فى الأيام الثلاثة يبطل خيار الشرط، ويبقى خيار التعيين، فلا يردهما الوارث، وله أن يرد أحدهما. (ك)

(١٠) قال فخر الإسلام: هو الصحيح. (زيلعى)

(١١) قوله: "لا يشترط إلخ" لأن عدم انفكاك الملحق عن الملحق به ليس بشرط فى الإلحاق. (عناية)

(١٢) أى على اعتبار "الجامع الكبير".

(١٣) كما فى خيار الشرط.

(١٤) قوله: "أيتها كانت [زائدة على الثلاث، أو غير زائدة]" فإن قيل: ينبغى أن لا يجوز خيار التعيين فى الزائد على الثلاثة عند أبى يوسف؛ لأنه أخذ بالقياس فى قوله: إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام، فلا بيع بينهما.
قلنا: قوله: إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام تعليق، فلا يلحق بخيار الشرط، فلا يكون الأثر الوارد فى خيار الشرط

عندهما. ثم ذكر في بعض النسخ[١]: اشترى ثوبين، وفي بعضها: اشترى أحد الثوبين، وهو الصحيح، لأن المبيع في الحقيقة أحدهما، والآخر أمانة، والأول[٢] تجوز[٣] واستعارة. ولو هلك أحدهما[٤]، أو تعيب لزم البيع فيه بثمنه[٥]، وتعين[٦] الآخر للأمانة، لامتناع الرد بالتعيب. ولو هلكا جميعًا معًا[٧] يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما[٨] لشيوع[٩] البيع والأمانة فيهما، ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما[١٠] جميعًا. ولو مات[١١] من له الخيار[١٢]، فلوارثه أن يرد أحدهما، لأن الباقي خيار التعيين[١٣] للاختلاط[١٤]، ولهذا[١٥] لا يتوقت في حق الوارث. فأما خيار الشرط لا يورث، وقد ذكرناه من قبل.

واردًا فيه، وأما خيار التعيين من جنس خيار الشرط، لأن في كل منهما خيارًا بغير حرف التعليق، فكان الأثر الوارد في خيار الشرط واردا في خيار التعيين. (ك)

(١) أي نسخ "الجامع الصغير"، كذا في "العناية".

(٢) أي قوله: ثوبين.

(٣) قوله "تجوز" فإن كل واحد منهما لما احتمل أن يكون مبيعًا قال: اشترى ثوبين، كذا قال فخر الإسلام، وقيل: إن هذا من قبيل إطلاق الكل على البعض. (مل)

(٤) ثوبين بعد القبض.

(٥) أي الذي وقع عليه العقد.

(٦) قوله: "وتعين الآخر إلخ" حتى إذا هلك الآخر بعد هلاك الأول، أو تعيب لا يلزم عليه من قيمته شيء، لأن رده إنما يكون إذا لم يكن مبيعًا وهو في دعواه ذلك متهم، وكان التعيب اختيارًا دلالة. فإن قيل: قبض الآخر لا يكون أقل من المقبوض على سوم الشراء، وهناك يجب القيمة عند الهلاك. أجيب: بأنه أقل من ذلك، لأن المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع، وهذا ليس كذلك، لأنه لم يقبض الآخر ليشتريه، وقد قبضه بإذن المالك، فكان أمانة. (عناية)

(٧) قوله: "معًا" قيد بقوله: معًا لما أنهما لو هلكا على التعاقب يتعين الأول للبيع إذا علم السابق، وإذا لم يدر السابق لزمه نصف ثمن كل واحد منهما. (عيني)

(٨) متفقًا كان الثمن أو مختلفًا. (ك)

(٩) ولا أولوية لأحدهما بكونه مبيعًا.

(١٠) قوله: "له أن يردهما" لأنه أمين في أحدهما، فيرده بحكم الأمانة، وفي الآخر مشتر، وقد شرط الخيار لنفسه، فيتمكن من رده. (م)

(١١) في المدة.

(١٢) قوله: "من له الخيار" في التعميم، إيماء إلى أن هذا الخيار يجوز للبائع كما يجوز للمشتري قياسًا على خيار الشرط، كذا ذكر الكرخي، نقله في "العناية".

(١٣) لا خيار الشرط.

(١٤) أي لاختلاط ملكه بملك الغير.

(١٥) قوله: "ولهذا" أي لأجل اختلاط ملكه بملك الغير لا يتوقت إلخ، لأنه لم يثبت له سبيل الإرث بل للاختلاط. (مل)

ومن اشترى داراً على أنه بالخيار[١]، فبيعت[٢] دار أخرى إلى جنبها، فأخذها بالشفعة فهو رضا[٣]؛ لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها، لأنه ما ثبت إلا لدفع ضرر الجوار، وذلك[٤] بالاستدامة، فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقًا عليه، فيثبت الملك من وقت الشراء، فيتبين أن الجوار كان ثابتًا[٥]، وهذا التقرير[٦] يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة خاصة[٧].

قال[٨]: وإذا اشترى الرجلان غلامًا على أنهما بالخيار، فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة، وقالا: له أن يرده، وعلى هذا الخلاف خيار العيب[٩]، وخيار الرؤية. لهما: أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد[١٠] منهما[١١]، فلا يسقط[١٢] بإسقاط صاحبه، لما فيه[١٣] من إبطال حقه.

وله: أن المبيع خرج عن ملكه[١٤] غير معيب بعيب الشركة، فلو رده أحدهما رده[١٥] معيبًا به[١٦]، وفيه إلزام ضرر زائد[١٧]، وليس[١٨] من ضرورة إثبات الخيار لهما

---

(١) أي خيار الشرط.

(٢) في المدة.

(٣) قوله: "فهو رضاء" أي الأخذ بالشفعة رضاء يسقط به الخيار إجماعًا، بخلاف خيار الرؤية حيث لا يسقط بأخذ الشفعة، فإنه لا يسقط بالصراحة، فكذا بالدلالة، كذا قال الزيلعي. (ملخص الحواشي)

(٤) قوله: "وذلك" أي الجواز يثبت باستدامة الملك في الدار المشتراة بالخيار، واستدامة الملك يقتضي الملك، ولا ملك مع الخيار، فيتضمن إلخ، كذا قيل. (مل)

(٥) أي عند بيع الدار الثانية، وهو يوجب الشفعة. (عناية)

(٦) أي من قوله: لأن طلب إلخ.

(٧) قوله: "خاصة" لأن خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه عنده، ولا بد منه لاستحقاق الشفعة، وأما عندهما فالمبيع يدخل في ملكه، فيجوز له أن يأخذ بالشفعة، ويسقط بذلك خياره، لأن الشفعة لدفع ضرر الجار الدخيل، والإنسان لا يدفع ضرر الجار في دار يريد ردها. (ع)

(٨) أي محمد. (عيني)

(٩) قوله: "خيار العيب" يعني اشترى الرجلان عبداً، ورضي أحدهما بعيب فيه، وكذلك خيار الرؤية، بأن اشتريا شيئًا لم يرياه، ثم رأياه، فأراد أحدهما أن يرد، ليس له ذلك عنده، وعندهما له ذلك. (ك)

(١٠) قوله: "إثباته [خيار] لكل واحد إلخ" وفيه نظر لأنا لا نسلم أن إثبات الخيار لهما إثبات لكل واحد منهما، ألا يرى إن وكل وكيلين يثبت الوكالة لهما، وليس لأحدهما أن يتصرف دون الآخر. (ع)

(١١) لأنه شرع لدفع الغبن، وكل يحتاج إلى دفعه عن نفسه. (زيلعي)

(١٢) الخيار.

(١٣) سقوط.

(١٤) بائع.

(١٥) قوله: "رده معيبًا به" لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب، وذلك لأن البائع بتقدير الرد لا يتمكن

الرضاء برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد.

قال[١]: ومن باع عبداً على أنه خبّازاً، أو كاتباً، وكان بخلافه[٢]، فالمشترى بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك[٣]؛ لأن هذا[٤] وصف مرغوب فيه[٥]، فيستحق[٦] فى العقد بالشرط[٧]، ثم فواته يوجب التخيير لأنه[٨] ما رضى به[٩] دونه، وهذا[١٠] يرجع إلى اختلاف النوع[١١] لقلة التفاوت فى الأغراض، فلا يفسد العقد بعدمه، بمنزلة وصف الذكورة والأنوثة[١٢] فى الحيوانات[١٣]، وصار[١٤]

من الانتفاع به إلا بطريق التهايؤ، وكان قبل البيع متمكنا من الانتفاع متى شاء.

فإن قيل: البائع رضى بالتبعيض لما باعه منهما، قيل: إنما رضى فى ملكهما لا فى ملك نفسه. (ك)

(١٦) أى بعيب الشركة.

(١٧) قوله: "ضرر زائد" إنما قيد الضرر بالزائد، لأن فى امتناع الرد ضرراً للراد أيضاً، لكن لما لم يكن من الغير بل بعجزه عن إيجاد شرط الرد كان دون الأول، فإن الضرر الحاصل من الغير أقطع من الحاصل من نفسه. (ع)

(١٨) قوله: "وليس إلخ" دفع دخل، وهو: أن البائع قد رضى برد أحدهما حيث خيرهما، فإلزام الضرر برضاه لا بغيره، وحاصل الدفع أنه ليس من لوازم إثبات الخيار لهما الرضاء رد أحدهما، فإن البائع لعله تصور اجتماعهما على الرد، فتحقق الانفكاك، فكيف يلزم الرضاء برد أحدهما لإثبات الخيار لهما. (مل)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) بأن لم يعلم من الخبز والكتابة ما يسمى به الفاعل خبّازاً أو كاتباً. (ع)

(٣) قوله: "وإن شاء ترك" فإن امتنع الرد بسبب من الأسباب رجع المشترى على البائع بحصته من الثمن، لأنه فات عليه شرط مرغوب فيه، فيقوم العبد كاتباً أو خبّازاً على أدنى ما يطلق عليه الاسم، إذ هو المستحق بالشرط، ويقوم غير كاتب أو خبّاز، فينظر إلى تفاوت ما بين ذلك، فرجع بقدره. (ك)

(٤) أى الخبّاز أو الكاتب.

(٥) قوله: "مرغوب فيه" احترازعما ليس مرغوب فيه كما إذا باع على أنه أعور، فإذا هو سليم، فإنه لا يوجب الخيار. (ع)

(٦) أى يليق، أى الوصف المرغوب فيه.

(٧) قوله: "فيستحق فى العقد إلخ" لأنه لرجوعه إلى صفة الثمن، أو الثمن كان ملايما للعقد، ألا يرى لو كان موجوداً فى المبيع لدخل فى العقد، بلا ذكر، فلا يكون مفسداً. ونوقض: بما إذا باع شاة على أنه حامل، أو على أنها تحلب كذا، فإن البيع فيه وفى أمثاله فاسد، والوصف مرغوب فيه. أجيب: بأن ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول، وبضم المجهول إلى المعلوم يصير الكل مجهولا، ولهذا لو شرط أنها حلوب، أو لبون لا يفسد لكونه وصفاً مرغوباً فيه، ذكره الطحاوى. (عناية)

(٨) المشترى.

(٩) أى بالبيع.

(١٠) قوله: "وهذا [الاختلاف بكونه خبّازاً، أو غير خباز، وبكونه كاتباً أو غير كاتب. عينى]" شروع فى بيان وجه عدم فساد العقد بفوات هذا الوصف.

(١١) قوله: "يرجع إلى إلخ" يعنى بمنزلة الاختلاف فى النوع باختلاف الصفة، حتى لا يفسد العقد، بل يكون للمشترى الخيار. (مل)

(١٢) قوله: "بمنزلة إلخ" كما إذا اشترى شاة على أنها نعجة، فإذا هى حمل. (عينى)

كفوات وصف السلامة، وإذا أخذه أخذه بجميع الثمن؛ لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها[١] تابعةً[٢] في العقد على ما عرف[٣].

باب خيار الرؤية[٤]

ومن[٥] اشترى شيئًا لم يرَه[٦]، فالبيع جائز، وله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده، وقال الشافعي رح: لا يصح العقد أصلا؛ لأن المبيع مجهول[٧]، ولنا: قوله عليه السلام[٨]: «من اشترى شيئًا لم يرَه فله الخيار إذا رآه»*، ولأن الجهالة بعدم الرؤية[٩] لا تفضى إلى المنازعة، لأنه لو لم يوافقه[١٠] يرده[١١]، فصار كجهالة الوصف[١٢] في المعاين المشار إليه.

---

(١٣) قوله: "في الحيوانات" قيد في الحيوانات، لأن في بني آدم يورث اختلاف الجنس تفحش التفاوت، كما إذا باع عبداً فإذا هي جارية، فيفسد به العقد. (عيني)

(١٤) قوله: "وصار" أي صار فوات الخبز والكتابة فيما إذا اشترى على أنه خباز أو كاتب، فوجده بخلافه كفوات وصف السلامة فيما إذا اشترى على أنه سليم، فوجده معيبًا، فله ولاية الرد، فكذا ههنا. (عيني)

(١) أوصاف.

(٢) تدخل في العقد من غير ذكر.

(٣) فيما تقدم.

(٤) قوله: "باب خيار الرؤية" قدمه على خيار العيب لكونه أقوى منه، لأن تأثيره في منع تمام البيع، وتأثير خيار العيب في منع لزوم الحكم. (مل)

(٥) قوله: "ومن اشترى [هذه مسألة القدوري. عيني]" صورته: أن يقول: بعت الثوب الذي في كمي هذا، أو هذه الجارية المتنقبة، وما في البناية نقلا عن "المبسوط": أن الإشارة إليه، أو إلى مكانه شرط الجواز، حتى لو لم يشر إليه إلا إلى مكانه لا يجوز بالإجماع، ففيه أن ما ذكر في المعتبرات في باب الاعتكاف، يبيع ويشترى في المسجد بلا إحضار المبيع يدل صريحًا على أن حضور المبيع، والإشارة إليه وقت البيع ليس بشرط، والحق أنه لا بد من معرف يرفع الجهالة، ولا يلزم الإشارة، ولهذا قال في "النهاية": يعني شيئًا مسمى موصوفًا، أو مشاراً إليه، أو إلى مكانه، وليس فيه غيره مسمى بهذا الاسم. (سقاية)

(٦) كدرة في حقة، وزيت في زق.

(٧) قوله: "لأن المبيع مجهول" وهذا لأن المقصود من شراء العين ماليته، ولهذا لا يرد على ما ليس بمال، والمالية في الأوصاف، ولهذا تزداد وتنقص بها وهي مجهولة، لأنها تعرف بالرؤية، فصارت كجهالة العين، وهي مفسدة، فكذا جهالة الوصف. (ك)

(٨) أخرجه الدارقطني في "سننه" مسنداً عن أبي هريرة. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٩، والدراية ج٢، الحديث ٧٦٧ ص١٤٨. (نعيم)

(٩) مع وجود الخيار.

(١٠) المشترى، أي بعد الرؤية.

(١١) على البائع.

(١٢) قوله: "كجهالة الوصف إلخ" بأن اشترى ثوبًا مشاراً إليه غير معلوم عدد ذرعانه فإنه يجوز لكونه معلوم العين وإن كان ثمه جهالة لكونها لا تفضى إلى النزاع. (ع)

وكذا[١] إذا قال: رضيت، ثم رآه له أن يرده[٢]؛ لأن الخيار معلق بالرؤية، لما روينا[٣]، فلا يثبت[٤] قبلها، وحق الفسخ[٥] بحكم أنه[٦] عقد غير لازم[٧]، لا بمقتضى الحديث[٨]، ولأن الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق، فلا يعتبر قوله[٩]: رضيت قبل الرؤية، بخلاف قوله: رددت.

قال[١٠]: ومن باع ما لم يره[١١]، فلا خيار له، وكان أبو حنيفة يقول أولا: له الخيار اعتبارًا بخيار العيب[١٢]، وخيار الشرط، وهذا[١٣] لأن لزوم العقد بتمام الرضا زوالا[١٤] وثبوتًا، ولا يتحقق ذلك[١٥] إلا بالعلم بأوصاف المبيع، وذلك[١٦]

---

(١) قوله: "وكذا إذا قال إلخ" تفريع على المسألة القدورى، يعنى كما أن له الخيار إذا لم يقل: رضيت فكذا إذا قال ذلك ولم يره. (ع)

(٢) قوله: "له أن يرده" بخلاف خيار العيب حيث يعتبر رضاه قبل العلم بالعيب، لأن الرضا بالعيب إسقاط لما يستحقه من وصف السلامة، فيعتبر بعد الشراء لوجوده بعد سببه، كذا قيل. (مل)

(٣) من الحديث.

(٤) الخيار، وإلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط.

(٥) قوله: "وحق الفسخ إلخ" جواب سؤال، بأن يقال: لو لم يكن له خيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية، وله أن يفسخ العقد قبلها. (عينى)

(٦) أى أن العقد بخيار الرؤية.

(٧) لأنه لم يقع منبرمًا.

(٨) قوله: "لا بمقتضى الحديث [أى لا لبناء على الخيار الذى اقتضاه الحديث. عينى]" بخلاف الخيار، فإنه ثابت بمقتضى الحديث، فلا يجوز إثباته على وجه يؤدى إلى بطلانه كما مر آنفًا، وفيه نظر؛ لأن عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار، فهو ملزوم للخيار، والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها، فكذا ملزومه، لأن ما هو شرط اللازم فهو شرط الملزوم. (ع)

(٩) قوله: "فلا يعتبر إلخ" لأن الرضا استحسان الشيء، واستحسان الشيء ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور، وأما الفسخ فإنما هو لعدم الرضا، وهو لا يحتاج إلى معرفة المحسنات. لا يقال: عدم الرضا لاستقباح الشيء، واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور، لأن عدم الرضا قد يكون باعتبار ما بداله من انتفاء احتياجه إلى المبيع، أو ضياع ثمنه، أو استغلاءه، فلا يستلزم الاستقباح. (ع)

(١٠) أى القدورى. (عينى).

(١١) قوله: "ومن باع إلخ" صورته: ورث شيئًا، فباعه قبل الرؤية، فلا خيار له. (عينى)

(١٢) قوله: "اعتبارًا بخيار العيب" فإنه لا يختص بجانب المشترى بل إذا وجد البائع الثمن زيفًا فهو بالخيار إن شاء جوز، وإن شاء رد كالمشترى إذا وجد المبيع معيبًا لكن العقد لا ينفسخ برد الثمن، وينفسخ برد المثمن؛ لأنه أصل دون الثمن، وبخيار الشرط فإنه يصح من الجانبين كما تقدم. (ع)

(١٣) أى الخيار للبائع. (ع)

(١٤) قوله: "زوالا" أى فى جانب البائع، "وثبوتًا" أى فى جانب المشترى، حتى لا يزول ملك البائع إلا برضاه، ولا يثبت الملك للمشترى إلا برضاه. (ك)

(١٥) أى تمام الرضا. (ك)

(١٦) أى العلم بأوصاف المبيع.

بالرؤية[١]، فلم يكن البائع راضيًا بالزوال[٢]. ووجه القول المرجوع[٣] إليه: أنه[٤] معلق بالشراء لما روينا[٥]، فلا يثبت[٦] دونه، وروى[٧] أن عثمان بن عفان باع[٨] أرضًا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله، فقيل لطلحة: أنك قد غبنت، فقال: لى الخيار؛ لأنى اشتريت ما لم أره، وقيل: لعثمان: إنك قد غبنت، فقال: لى الخيار، لأنى بعت ما لم أره، فحكما[٩] بينهما جبير بن مطعم، فقضى[١٠] بالخيار لطلحة، وكان ذلك[١١] بمحضر من الصحابة*. ثم خيار الرؤية غير موقت[١٢]، بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله. وما يبطل[١٣] خيار الشرط من تعيب، أو تصرف يبطل خيار

---

(١) فإن بالرؤية يحصل الاطلاع على وقائق لا تحصل بالعبارة. (عناية)

(٢) فالعقد غير لازم، فله الفسخ.

(٣) أى القول المرجوع إليه، وهو عدم الخيار للبائع.

(٤) أى خيار الرؤية.

(٥) من الحديث.

(٦) قوله: "فلا يثبت دونه" لأن الخيار إن ثبت للبائع فإما أن يثبت بما روينا، أو بدلالته، أو بحديث آخر، لا يجوز الأول؛ لأنه معلق بالشراء، فكيف يثبت فى البيع، ولم يرد حديث آخر فى البيع، وهو ليس فى معنى الشراء، ليثبت فيه الحكم دلالة. (ك)

(٧) قوله: "وروى أن [تأييد للقول المرجوع إليه] إلخ" قلت: أخرجه الطحاوى، ثم البيهقى عن علقمة ابن أبى وقاص. (ت)

(٨) فى المدينة.

(٩) أى جعلا حكمًا.

(١٠) أى حكم.

(١١) قوله: "وكان ذلك" أى حكم جبير بن مطعم بين عثمان وطلحة بمحضر من الصحابة، ولم ينكره أحد، فكان إجماعًا، ولذا رجع الإمام عن القول الأول حين بلغه هذا الخبر. (مل)

* راجع الدراية ج٢، الحديث ٧٦٨ ص١٤٩، ولم يخرج هذا الحديث فى "نصب الراية". (نعيم)

(١٢) قوله: "غير موقت إلخ" قيل: خيار الرؤية موقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية، حتى لو وقع بصره عليه، ولم يفسخ سقط حقه؛ لأنه خيار تعلق بالاطلاع على حال البيع، فأشبه الرد بالعيب، والأصح عندنا أنه باقٍ ما لم يوجد ما يبطله، لأنه يثبت حكمًا لانعدام الرضا، فيبقى إلى أن يوجد ما يبطل عدم الرضا. (ع)

(١٣) قوله: "وما يبطل خيار إلخ" والأصل فيما يبطل خيار الشرط أن كل فعل فعله المشترى فى مشتراه بشرط الخيار، وهو فعل يحتاج إليه للامتحان، ويحل فى غير الملك بحالة، فذلك الفعل أول مرة لا يبطل خيار الشرط، إذ لو بطل الخيار، ولزم البيع بفعل الامتحان أول مرة لفات فائدة الخيار، وهو إمكان الرد. وكل فعل لا يحتاج إليه للامتحان، أو يحتاج إليه للامتحان إلا أنه لا يحل فى غير الملك بحال فهو يبطل الخيار، كما إذا اشترى جارية بالخيار، فاستخدمها مرة لا يسقط الخيار، فإن الاستخدام يحتاج إليه للامتحان، وأنه يحل بدون الملك فى الجملة. وإن استخدمها مرة أخرى فى النوع الذى استخدمها فى المرة الأولى فيسقط الخيار؛ لأن المرة الأخرى لا يحتاج إليها للامتحان. ولو وطأها يسقط الخيار؛ لأن الوطئ لا يحل فى غير الملك بحال، فالإقدام عليه اختيار للملك. والعرض على البيع، والتقبيل، واللمس بشهوة، ولبس الثوب مرة أخرى، وركوب الدابة مرة أخرى كل ذلك يسقط الخيار، إذ لا يحتاج إليه للامتحان، أو لا يحل فى غير

الرؤية. ثم إن كان تصرفًا[١] لا يمكن رفعه كالإعتاق[٢] والتدبير، أو تصرفًا يوجب حقًا للغير كالبيع[٣] المطلق[٤]، الرهن، والإجارة يبطله[٥] قبل الرؤية وبعدها؛ لأنه لما لزم تعذر الفسخ[٦]، فبطل الخيار، وإن كان تصرفًا لا يوجب حقًا للغير كالبيع[٧] بشرط الخيار والمساومة[٨] والهبة من غير تسليم لا يبطله[٩] قبل الرؤية؛ لأنه لا يربو[١٠] على صريح الرضا[١١]، ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا[١٢].

قال[١٣]: ومن نظر إلى وجه الصبرة، أو إلى ظاهر الثوب مطويًا[١٤]، أو إلى وجه الجارية[١٥]، أو إلى وجه الدابة وكفلها[١٦] فلا خيار له، والأصل في هذا[١٧]: أن رؤية

الملك، كذا في "الكفاية". (مل)

(١) بعد وقوعه.

(٢) قوله: "كالاعتاق" بأن أعتق عبده الذي اشتراه، ولم يره، والتدبير: بأن دبره قبل رؤيته. (عيني)

(٣) قوله: "كالبيع المطلق" بأن باع الذي اشتراه، ولم يره مطلقًا، يعني بدون شرط الخيار، والرهن: بأن رهن الذي اشتراه قبل الرؤية، والإجارة: بأن آجره لأحد قبل رؤيته. (عيني)

(٤) أو البيع بخيار الشرط للمشتري. (ع)

(٥) قوله: "يبطله قبل الرؤية [خيار] إلخ" وفيه إما أولا فبان بطلان الخيار قبل الرؤية يخالف حكم النص الذي مر، فإنه أثبت الخيار إذا رآه، وأجيب عنه: بأن هذا فيما أمكن العمل بحكم النص، وأما هذه التصرفات فبصدورها عن أهلها في محلها انعقدت صحيحة، وبعد صحتها لا يمكن رفعها، أو تعلق حق للغير، وعلى كل تقدير، فتعذر الفسخ، فيبطل الخيار، حتى لو أفتك المرهون، أو انقضت مدة الإجارة، أو رده المشتري عليه بخيار الشرط، ثم رآه، ولم يرض به لا يكون له الرد بحكم خيار الرؤية. وإما ثانيًا: فبأن هذه التصرفات إما أن تكون صريح الرضا أو دلالته، وكل منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية. وأجيب: بأن دلالة الرضا لا تربو على صريحه إذا لم تكن من ضرورات صريح آخر، وههنا هذه الدلالة من ضرورات صحة التصرفات المذكورة، والقول بصحتها مع انتفاء ما هو من ضروراته ولوازمه محال، هذا ما في "الكفاية" و"العناية". (مل)

(٦) إما لعدم إمكان رفعه، أو لكونه موجبًا لحق الغير. (عيني)

(٧) قوله: "كالبيع بشرط الخيار" أي باع ما اشتراه قبل الرؤية بشرط الخيار لنفسه، والمساومة بأن عرضه على البيع، والهبة من غير تسليم بأن وهب الذي اشتراه قبل الرؤية لشخص، ولكنه لم يسلم إلى الموهوب عليه. (مل)

(٨) بها كردن متاع را.

(٩) خيار.

(١٠) أي لا يزيد. (ع)

(١١) وصريح الرضا لا يبطله قبل الرؤية، فدليل الرضى أولى بأن لا يبطل، يعني إذا لم يكن من ضرورات الغير.

(١٢) مع عدم المانع. (عناية)

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) حال.

(١٥) قوله: "أو إلى وجه الجارية" ذكر الجارية وقع اتفاقًا، لأن الحكم في الغلام كذلك، ذكر في "الإيضاح": والمعتبر في العبد والأمة النظر إلى الوجه، والنظر إلى غيره من الجسد لا يبطل الخيار، لأن العلم به وبصفاته يتحقق برؤية الوجه، وفي "الذخيرة": إذا اشترى جارية أو عبدًا، أو رأى وجهه ورضى به لا يكون له الخيار بعد ذلك. (ك)

جميع المبيع غير مشروط لتعذره[(١)]، فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود، ولو دخل فى البيع أشياء[(٢)]، فإن كان لا يتفاوت آحادها كالمكيل والموزون، وعلامته[(٣)] أن يعرض بالنموذج[(٤)] يكتفى برؤية واحد منها إلا إذا كان الباقى أردأ مما رأى، فحينئذ[(٥)] يكون له الخيار، وإن كان يتفاوت آحادها كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها[(٦)]. والجوز والبيض[(٧)] من هذا القبيل[(٨)] فيما ذكره الكرخى، وكان ينبغى أن يكون[(٩)] مثل الحنطة والشعير، لكونها متقاربة[(١٠)].

إذا ثبت هذا[(١١)]، فنقول: النظر إلى وجه الصبرة كاف[(١٢)]، لأنه يعرف وصف البقية؛ لأنه مكيل يعرض بالنموذج، وكذا النظر إلى ظاهر الثوب[(١٣)] مما يعلم البقية[(١٤)] إلا إذا كان فى طيه ما يكون مقصوداً، كموضع العلم[(١٥)].

---

(١٦) كفل: بفتحتين سرين آدمى وحيوان. (غث)

(١٧) أى فى إسقاط خيار الرؤية.

(١) قوله: "لتعذره [كما فى العبد فإن رؤية عورته ممنوع]" أما فى العبد والأمة فظاهر، لأن فى رؤية جميع بدنهما رؤية مواضع عورتهما، ففى العبد لا يجوز أصلا سواء فسخ العقد أو لم يفسخ، أما فى الأمة فإنه لو فسخ البيع بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان نظره إلى عورتها وقع فى غير ملكه، لأن الفسخ رفع العقد من الأصل، فصار كأن العقد لم يوجد، فكان نظره وقع حراماً فى أصله. وأما فى الثوب المطوى فيتضرر البائع بانكسار ثوبه بالنشر والطى على تقدير اشتراط رؤية جميع أجزاءه، وفى الصبرة لا يمكن اشتراط رؤية كل حبة من حبات الحنطة. (ك)

(٢) من جنس واحد.

(٣) أى علامة الشىء الذى لا يتفاوت آحاده. (ك)

(٤) النموذج –بالفتح– والأنموذج –بالضم– تعريب نمونه، كذا فى "المغرب". (ك)

(٥) قوله: "فحينئذ يكون له الخيار" فيما رأى، وفيه كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام؛ لأنها مع الخيار لا تتم. (زيلعى)

(٦) قوله: "لا بد من رؤية إلخ" لأن رؤية البعض لا تعرف الباقى للتفاوت فى الآحاد. (ع)

(٧) تخمهاى مرغ، جمع بيضه. (م)

(٨) قوله: "من هذا القبيل [أى من قبيل ما يتفاوت]" لأنه مختلف بالصغر والكبر، فلا يكون رؤية البعض دليلا على الباقى. (ك)

(٩) الجوز والبيض.

(١٠) فيكتفى رؤية البعض عن الباقى.

(١١) الأصل.

(١٢) فى إبطال الخيار.

(١٣) مطوياً. (ع)

(١٤) قوله: "مما يعلم إلخ" وقال زفر: لا بد من نشر كله، فإنه ليس من ذوات الأمثال، ولا يعرف كله برؤية بعضه. قلنا: قلما يتفاوت جوانب ثوب واحد، فيمكن الاستدلال بالبعض على البعض، كذا قال الزيلعى. وفى "شرح المجمع": أن المسألة معروفة فى الثوب الذى لا يتفاوت ظاهره وباطنه، حتى لو خالف لا بد من رؤية ظاهره وباطنه. (مل)

(١٥) نقش ونگار جامه.

والوجه[١] هو المقصود فى الآدمى، وهو والكفل فى الدواب، فيعتبر[٢] رؤية المقصود، ولا يعتبر رؤية غيره[٣]، وشرط بعضهم رؤية القوائم[٤]، والأول[٥] هو المروى عن أبى يوسف، وفى شاة اللحم[٦] لا بد من الجس[٧]؛ لأن المقصود -وهو اللحم- يعرف به، وفى شاة[٨] القنية[٩] لا بد من رؤية الضرع، وفيما[١٠] يطعم لا بد من الذوق، لأن ذلك[١١] هو المعرف للمقصود.

قال[١٢]: وإن رأى صحن الدار فلا خيار[١٣] له وإن لم يشاهد بيوتها[١٤]، وكذلك[١٥] إذا رأى خارج الدار، ورأى أشجار البستان من خارج، وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت، والأصح أن جواب الكتاب[١٦] على وفاق عادتهم[١٧] فى الأبنية، فإن دورهم لم تكن متفاوتة[١٨] يومئذٍ، فأما اليوم[١٩] فلا بد من الدخول[٢٠]

---

(١) ولهذا يتفاوت قيمته بتفاوت الوجه. (زيلعى)

(٢) حتى لو رأى سائر أعضاءه دون الوجه يبقى على خياره. (عينى)

(٣) أى غير المقصود، وفى بعض النسخ: غيرهما أى غير الوجه والكفل.

(٤) دست وپاى آدمى وبهائم (غث) لأنها مقصودة فى الدواب. (ع)

(٥) أى رؤية الوجه والكفل.

(٦) قوله: "وفى شاة اللحم" أى الشاة التى تشترى للذبح لأجل اللحم لا بد من الجس ليعرف أنها سمينة أو مهزولة. (مل)

(٧) باليد. (ف) جسه باليد دست بسود آن را. (من)

(٨) قوله: "وفى شاة القنية" أى الشاة التى تحبس فى البيت لأجل النتاج، كذا قال العينى، ويقال: قنوت المال جمعة قنوا و قنوة، وأقنيته: اتخذته لنفسى قنية أى أصل مال للنسل لا للتجارة، كذا فى "المغرب". (مل)

(٩) بالكسر: سرمايه. (م)

(١٠) قوله: "وفيما يطعم إلخ" وفيما يشم لا بد من الشم، وفى دفوف الغازى: لا بد من سماع صوتها، لأن العلم بالشىء باستعمال آلة الإدراك، ولو رأى دهنا فى قارورة من خارجها لا يبطل خياره فى المروى عن أبى حنيفة ومحمد، وعن محمد: أنه يبطل. (زيلعى)

(١١) ذوق.

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) أى خيار الرؤية.

(١٤) أى حجراتها.

(١٥) قوله: "وكذلك" أى لا خيار له لأن كل جزء من أجزاء الدار متعذر الرؤية كما تحت السور، وبين الحيطان من الجذع والأسطوانات. (عينى)

(١٦) أى القدورى. (ع)

(١٧) أى عادة أهل الكوفة وبغداد فى زمن الإمام.

(١٨) فى البيوت [فيما وراء الضيق والسعة].

(١٩) أى فى ديارنا.

(٢٠) قوله: "فلا بد إلخ" وفى "المحيط" و "الذخيرة": وبعض مشايخنا قالوا: فى الدور يعتبر رؤية ما هو المقصود،

فى داخل الدار للتفاوت[١]، والنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل.
قال[٢]: ونظر الوكيل[٣] كنظر المشترى[٤]، حتى لا يرده إلا من عيب[٥]، ولا يكون نظر الرسول[٦] كنظر المشترى[٧]، وهذا عند أبى حنيفة، وقالا[٨]: هما سواء، وله أن يرده[٩]، قال[١٠]: معناه الوكيل بالقبض، فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع[١١]. لهما: أنه[١٢] توكل[١٣] بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك[١٤] ما لم يتوكل به[١٥]، وصار[١٦] كخيار العيب، والشرط والإسقاط قصداً. وله: أن القبض نوعان[١٧]: تام: وهو أن يقبضه وهو يراه. وناقص: وهو أن يقبضه

حتى إنه إذا كان فى الدار بيتان شتويان، وبيتان صيفيان، وبيتا طابق يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ، والمزبلة والعلو إلا فى بلد يكون العلو فيه مقصوداً كما فى سمرقند، وبعضهم شرطوا رؤية الكل، وهو الأظهر والأشبه. (ك)

(١) قوله: "للتفاوت" فى مالية الدور بقلة مرافقها وكثرتها. (ف)

(٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (سقاية)

(٣) قوله: "ونظر الوكيل [حين القبض]" صورته التوكيل أن يقول المشترى لغيره: كن وكيلا عنى فى قبض المبيع، أو وكلتك بذلك. (عناية)

(٤) فيسقط خياره.

(٥) علم الوكيل عيبه أو لم يعلم. (ف)

(٦) قوله: "نظر الرسول" صورته: أن يقول: كن رسولى بقبضه، أو قال: أرسلتك بقبضه، أو قال: قل لفلان: أن يدفع المبيع إليك. (عينى)

(٧) فلا يسقط خياره.

(٨) قوله: "وقالا إلخ" أى قالا: نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق، ونظر الوكيل كنظر الرسول فهما سواء فى عدم سقوط الخيار للمشترى إذا رأيا حين القبض، فللمشترى أن يرده. (مل)

(٩) إذا رآه.

(١٠) قوله: "قال [أى المصنف] إلخ" لما كان رواية الجامع الصغير مطلقة فى الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه كذلك فسر المصنف بقوله: معناه إلخ. (ف)

(١١) قوله: "بالإجماع" وليس للموكل إذا رأى أن يرده لأن حقوق العقد راجعة إلى الوكيل بالشراء. (عينى)

(١٢) الوكيل.

(١٣) أى قبل الوكالة. (ف)

(١٤) الوكيل.

(١٥) وهو إسقاط الخيار.

(١٦) قوله: "وصار" هذا كخيار العيب، أى كمن اشترى شيئاً ثم وكل بقبضه، فقبض الوكيل معيباً رائياً عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل، "والشرط" أى وصار كخيار الشرط، كمن اشترى بخيار الشرط، ووكل بقبضه، فقبضه رائياً لم يسقط خيار الموكل، "والإسقاط قصداً" صورته: أن الوكيل بالقبض إذا قبضه مستوراً، ثم رآه وأسقط عنه الخيار قصداً لا يسقط الخيار عن الموكل. (عينى)

(١٧) قوله: "وله أن القبض نوعان: تام" بحيث لا يرد عليه النقض، وهو أن يقبضه وهو يراه، وهو يسقط الخيار

مستوراً، وهذا[1] لأن تمامه بتمام الصفقة، ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية، والموكل ملكه بنوعيه، فكذا الوكيل[2]، ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار، فكذا الوكيل[3] لإطلاق التوكيل، وإذا قبضه مستوراً[4] انتهى التوكيل بالناقص منه، فلا يملك[5] إسقاطه[6] قصداً بعد ذلك، بخلاف خيار العيب[7]؛ لأنه لا يمنع تمام الصفقة، فيتم القبض مع بقاءه، وخيار الشرط على الخلاف[8]، ولو سلّم[9] فالموكل لا يملك[10] التام منه، فإنه لا يسقط بقبضه، لأن الاختبار[11] وهو المقصود بالخيار يكون بعده، فكذا لا يملكه[12] وكيله، وبخلاف الرسول، لأنه لا يملك شيئاً[13]، وإنما

لدلالته على الرضا، وناقص بحيث يرد عليه النقض، وهو أن يقبضه مستوراً، وهو لا يسقط الخيار لعدم الرضا، وهذا لأن تمام القبض بتمام الصفقة، وخيار الرؤية يمنع تمام الصفقة، لأن تمامها يكون بتمام الرضا، ولا يتم مع خيار الرؤية. (ك)

قوله: "له أن القبض" توضيح الدليل: أن القبض على نوعين: تام، بحيث لا يرد عليه النقض، ولا يرتد إلا برضا، أو قضاء، وهو أن يقبض المبيع وهو يراه، وهذا القبض يبطل خيار الرؤية.وثانيهما: قبض ناقص بحيث يرد عليه النقض، ويرتد بغير قضاء ورضا، وهو أن يقبض المبيع مستوراً، وهذا القبض لا يبطل خيار الرؤية لعدم الدلالة على الرضا، والموكل ملك القبض بنوعيه، فكذا الوكيل يملك القبض بنوعيه، ومتى قبض الموكل المبيع وهو يراه يسقط الخيار، فكذا الوكيل. (سقاية)

(١) أي تنوعه بنوعين.

(٢) لأنه ملكه الموكل ما يملكه. (ك)

(٣) إذا قبض وهو يراه سقط الخيار.

(٤) قوله: "وإذا قبضه إلخ" جواب عما يقال: لا نسلم ذلك، فإن الوكيل إذا قبضه قبضاً ناقصاً، ثم رآه، فأسقط الخيار قصداً لم يسقط، والموكل لو فعل ذلك سقط الخيار، فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محالة، فأجاب بقوله: وإذا إلخ. (عيني)

(٥) قوله: "فلا يملك [لأنه صار أجنبياً] إلخ" لأنه لم يفوض إلى الوكيل الإبطال قصداً، وإنما يثبت له الإبطال مقتضى لتتميم القبض، وههنا لما حصل القبض الناقص انتهى التوكيل به، فليس له بعد ذلك إبطال الخيار. (عيني)

(٦) خيار.

(٧) قوله: "بخلاف خيار العيب [جواب عن قياسهما]" فإنه لا يبطل بقبض الوكيل في الصحيح، لأن خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرد إلا برضا، أو قضاء، وما لا يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض، فيتم القبض مع بقاء خيار العيب، وباقتضاء التمام كان يبطل الخيار، وقد عدم، كذا قيل. (مل)

(٨) قوله: "على الخلاف [فلا يصلح مقيساً عليه]" ذكر القدوري: أنه لو اشترى شيئاً على أنه بالخيار، فوكل وكيلا بالقبض، فقبضه بعد ما رآه فهو على الخلاف، ولئن سلم وهو الأصح، فالوكيل قائم مقام الموكل، والموكل لو قبض المبيع في خيار الشرط وهو يراه لا يبطل خيار الشرط، فكذا من يقوم مقامه إذا قبضه وهو يراه، وهذا لأن الخيار شرع للاختبار، وذا بالتروّي والتأمل فيه بعد القبض حتى إذا استحسنه أخذه، وإن استقبحه تركه، وهذا يفوت ببطلان الخيار بتقدير القبض. (ك)

(٩) أي بقاء خيار الشرط.

(١٠) قوله: "لا يملك التام" ويملك الناقص، فإن القبض مع بقاء الخيار ناقص. (عناية)

(١١) آزمودن، التروى والامتحان.

(١٢) أي التام.

إليه[١] تبليغ الرسالة، ولهذا[٢] لا يملك القبض[٣]، والتسليم إذا كان رسولا فى البيع. قال[٤]: وبيع الأعمى وشراءه جائز[٥]، وله الخيار إذا اشترى؛ لأنه اشترى ما لم يرَه[٦]، وقد قررناه[٧] من قبل. ثم يسقط خياره بجسّه المبيع[٨] إذا كان يعرف بالجس، وبشمه إذا كان يعرف بالشم، وبذوقه إذا كان يعرف بالذوق، كما فى البصير، ولا يسقط خياره فى العقار[٩] حتى يوصف[١٠] له؛ لأن الوصف يقام مقام الرؤية كما فى السلم[١١]. وعن[١٢] أبى يوسف أنه إذا وقف[١٣] فى مكان لو كان بصيراً لرآه، وقال: قد رضيت[١٤]، سقط[١٥] خياره؛ لأن التشبيه يقام مقام الحقيقة فى موضع العجز، كتحريك الشفتين[١٦] يقام مقام القراءة فى حق الأخرس[١٧] فى

---

(١٣) من القبض لا التام ولا الناقص.

(١) فأما الوكيل فهو الذى فوض إليه التصرف ليعمل برأيه. (ك)

(٢) أى لكونه مبلغاً للرسالة فقط.

(٣) أى قبض الثمن. (ك)

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) قوله: "جائز" وقال الشافعى: إن كان بصيراً فعمى فكذلك الجواب، وإن كان أكمه فلا يجوز بيعه، ولا شراءه أصلا لأنه لا علم له بالألوان والصفات، وهو ممنوع بمعاملة العميان من غير نكير، وبأن من أصله أن من لا يملك الشراء لا يملك الأمر به، فإذا احتاج الأعمى إلى ما يأكل ولا يتمكن من شراء المأكول، ولا التوكيل منه مات جوعًا، وفيه من القبح ما لا يخفى. (ع)

(٦) قوله: "ما لم يره" ومن اشترى شيئًا لم يره فله الخيار بالحديث، وقد قررناه من قبل، وفيه نظر؛ لأن قوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم لم يره سلب، وهو يقتضى تصور الإيجاب، وهو إنما يكون فى البصير، والأولى أن يستدل على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس العميان من غير نكير، فإن ذلك أصل فى الشرع بمنزلة الإجماع. (عناية)

(٧) قوله: "وقد قررناه من قبل" أى فى أول الباب أن شراء ما لم يرَه جائز، وأن له الخيار، والأعمى كالبصير الذى يشترى ما لم يره، فيجوز شراءه مع ثبوت الخيار له كالبصير. (عينى)

(٨) قوله: "بجسّه المبيع" إذا وجد الجس منه قبل الشراء، وأما إذا اشترى قبل أن يجس لا يسقط خياره به بل يسقط باتفاق الروايات لما روينا، ويمتد إلى أن يوجد منه ما يدل على الرضا من قول أو فعل فى الصحيح. (زيلعى)

(٩) أو الشجر، أو الثمر على الشجر.

(١٠) بما بلغ ما يمكن.

(١١) قوله: "كما فى السلم" يعنى أن الوصف يقوم مقام المسلم فيه، وإن كان المسلم فيه معدومًا. (عينى)

(١٢) كذا نقل الإمام محمد فى "الجامع الصغير".

(١٣) الأعمى.

(١٤) وإن لم يذكر له الوصف.

(١٥) قوله: "سقط خياره" وقال الفقيه: قال بعضهم: يوقف فى مكان لو كان بصيراً لرآه، ومع ذلك يوصف له، وهذا أحسن الأقاويل، وبه نأخذ. (ع)

(١٦) هر دو لب.

الصلاة، وإجراء الموسى[١] مقام الحلق في حق من لا شعر له[٢] في الحج، وقال الحسن[٣] يوكل[٤] وكيلا[٥] يقبضه وهو[٦] يراه، وهذا[٧] أشبه بقول أبي حنيفة؛ لأن رؤية الوكيل[٨] رؤية الموكل على ما مرّ آنفًا.

قال[٩]: ومن رأى أحد الثوبين[١٠] فاشتراهما، ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما؛ لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب، فبقي الخيار فيما لم يرَه، ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقًا للصفقة قبل التمام[١١]، وهذا[١٢] لأن الصفقة لا تتم[١٣] مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده[١٤]، ولهذا[١٥] يتمكن[١٦] من الرد[١٧] بغير قضاء[١٨] ولا رضا[١٩]، ويكون[٢٠] فسخًا من

---

(١٧) گنگ.

(١) استره.

(٢) تشبيهًا بالمحلقين.

(٣) ابن زياد.

(٤) قوله: "يوكّل وكيلا [الأعمى] إلخ" ولو وصف فقال: رضيت ثم أبصر فلا خيار له؛ لأن العقد قد تم، وسقط الخيار، فلا يعود. (ع)

(٥) فيصير رؤية الوكيل كرؤيته.

(٦) الواو للحال.

(٧) أي قول الحسن.

(٨) عند الإمام.

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) أو الأثواب، أو الأشياء الآخر المتفاوتة في الآحاد.

(١١) قوله: "كيلا يكون [الرد] تفريقًا إلخ" وتفريق الصفقة حرام لما جاء في الحديث: «أن النبي ﷺ نهى عن تفريق الصفقة»، فإن قيل: ينبغي أن يكون في هذه الصورة ولاية رد أحد الثوبين الذي لم يره، لقوله عليه السلام: «من اشترى شيئًا لم يرَه فله الخيار إذا رآه». قلنا: العمل بموجب قوله عليه السلام: «نهى عن تفريق الصفقة» أولى من حديث خيار الرؤية لوجوه: أحدها: أن موجب قوله: نهى عن تفريق الصفقة محكم في إفادة التحريم، أي موجبه ثابت في جميع الصور، وموجب قوله عليه السلام: من اشترى شيئًا لم يره غير ثابت في جميع الصور، ألا يرى أنه لا يملك الرد إذا [تعيب]، أو أعتق أحد العبدين، أو دبره، فكان النهي عن تفريق الصفقة راجحًا، أو لأن قوله: نهى محرم، والمحرم راجع على [المبيح]، أو لأن قوله: «نهى عن تفريق الصفقة» متأخر عن المبيح، وإلا يلزم تكرار النسخ لما عرف. (ك)

(١٢) أي لزوم تفريق الصفقة قبل التمام.

(١٣) لأن تمام الصفقة بتمام الرضا، وذا لا يكون قبل الرؤية.

(١٤) قوله: "وبعده" يريد به إذا قبضه مستورًا، أما إذا قبضه وهو يراه يبطل خياره، وتتم الصفقة. (ك)

(١٥) أي لأجل عدم تمام الصفقة.

(١٦) المشتري.

(١٧) أي رد المبيع.

الأصل[١]. ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره؛ لأنه لا يجرى فيه الإرث عندنا، وقد ذكرناه في خيار الشرط[٢].

ومن رأى شيئًا، ثم اشتراه بعد مدة، فإن كان على الصفة التى رآه، فلا خيار له؛ لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة، وبفواته[٣] يثبت الخيار إلا[٤] إذا[٥] كان[٦] لا يعلمه[٧] مرئيه لعدم الرضا به.

وإن وجده[٨] متغيراً[٩]، فله الخيار؛ لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه، فكأنه لم يرَه، وإن اختلفا[١٠] فى التغير فالقول قول البائع[١١]؛ لأن التغير حادث[١٢]، وسبب اللزوم ظاهر إلا إذا بعدت المدة[١٣] على ما قالوا[١٤]؛ لأن الظاهر شاهد[١٥]

---

(١٨) أى قضاء القاضى.

(١٩) أى رضا البائع.

(٢٠) أى الرد بخيار الرؤية.

(١) قوله: "من الأصل" أى من الابتداء لعدم تحقق الرضا بعدم العلم بصفات المعقود عليه، فلا يحتاج إلى القضاء والرضا. (عينى)

(٢) قوله: "وقد ذكرناه إلخ" من أن خيار الشرط لا يقبل الانتقال؛ لأنه مشية، وهو عرض لا ينتقل، والإرث فيما ينتقل، فكذا خيار الرؤية. (ع)

(٣) فبين ثبوت الخيار، والعلم بالأوصاف منافاة.

(٤) استثناء من قوله: فلا خيار له.

(٥) فله الخيار.

(٦) قوله: "إلا إذا كان [المشترى] إلخ" وإنما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى بأن يتوهم أن علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالأوصاف، وههنا لما كان المبيع مرئيًا من قبل، ولم يتغير كان العلم بها حاصلا، فلا يكون له الخيار، وذلك لأن الأمر وإن كان كذلك لكن شرط الرضا، وحيث لا يعلم أنه مرئيه لم يرضَ به فكان له الخيار. (عناية)

(٧) أى لا يعلم أنه هو الذى رآه. (ك)

(٨) بعد الشراء.

(٩) عما رآه.

(١٠) قوله: "وإن اختلفا [العاقدان]" بأن قال المشترى: قد تغير، وقال البائع: لم يتغير. (عينى)

(١١) مع اليمين.

(١٢) قوله: "لأن التغير حادث" لأنه إنما يكون بعيب، أو تبدل هيأة، وكل منهما عارض، والمشترى يدعيه، والبائع منكر ومتمسك بالأصل، فإن سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه. وقيل: هو الرؤية السابقة، وقيل: هو البيع البات الخالى عن الشروط المفسدة ظاهرا، والأصل لزوم العقد، والقول قول المنكر مع يمينه. (ع)

(١٣) قوله: "إلا إذا بعدت إلخ" استثناء من قوله: فالقول قول البائع، أى فحينئذٍ يكون القول قول المشترى، لأن الظاهر شاهد للمشترى، لأن الشيء قد يتغير بطول الزمان، ومن شهد له الظاهر فالقول له. (عينى)

(١٤) أى المتأخرون. (ع)

(١٥) ألا ترى أن الجارية الشابة لا تبقى شابة بعد عشرين سنة.

للمشترى، بخلاف [١] ما إذا اختلفا في الرؤية لأنها [٢] أمر حادث، والمشترى ينكره، فيكون القول قوله. قال [٣]: ومن اشترى عدل زطّى [٤] ولم يرَه [٥]، فباع منه ثوبًا، أو وهبه وسلّمه لم يرد شيئًا منها [٦] إلا من عيب، وكذلك خيار الشرط [٧]؛ لأنه [٨] تعذر الرد فيما خرج عن ملكه، وفى رد ما بقى تفريق الصفقة قبل التمام [٩]، لأن

(١) متصل بقوله: فالقول للبائع. (ك)

(٢) قوله: "لأنها إلخ" يعنى لأن البائع يدعى على المشترى العلم بالصفات، وأنه أمر حادث، والمشترى ينكره، فالقول قوله مع اليمين. (عناية)

(٣) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٤) قوله: "عدل زطى [بار يک طرف كه بر پشت ستور برند. غث] إلخ" الزط جيل [گروه] من الهند ينسب إليهم الثياب الزطية، كذا فى "المغرب". وقيل: جيل من الناس بسواد العراق، وفى "قانون المسعودى" لأبى ريحان محمد بن أحمد البيرونى: لوهاور، هو مدينة لزط بين نهرى جند وبياه، وفى "لوامع النجوم": الزط جيل من السودان من السند. وفى القاموس: الزط -بالضم- جيل من الهند معرب جت، والقياس يقتضى فتح معربه أيضًا، والواحد زطى كذا فى "سبحة المرجان". وفى "الكفاية": ولفظ "الجامع الصغير": ومن اشترى عدل زطى ولم يره، وقبضه فباع منه ثوبًا، وإنما قيد بالقبض لأنه لو لم يكن مقبوضًا لا يصح تصرف المشترى فيه ببيع أو هبة، ولأنه لو كان قبل القبض فالخيارات الثلاثة من خيار الشرط، والرؤية، والعيب سواء فى عدم جواز رد شيء منها لعدم تمام الصفقة، فيلزم التفريق، فلا يصح حينئذ قوله: إلا من عيب، لأنه إذا اشترى شيئين ولم يقبضهما، ثم وجد بأحدهما عيبًا، فليس له أن يرد المعيب خاصةً، بل يردهما إن شاء. (مل)

قوله: "عدل زطى إلخ" اعلم أولا أنه لا بد من قيد القبض، ولذا قال فى "الكافى": ومن اشترى عدل زطى، ولم يره، فقبضه فباع إلخ، وذلك لوجهين: أحدهما أنه لو لم يكن ذلك العدل مقبوضًا لا يصح تصرف المشترى فيه ببيع أو هبة مع التسليم، كذا فى "شرح الوقاية". وثانيهما: أن الخيارات الثلاثة من خيار الشرط، وخيار الرؤية، وخيار العيب سواء عند عدم القبض فى عدم جواز رد شيء من تلك الثياب لعدم تمام الصفقة قبل القبض، فلا يصح حينئذ قوله: إلا من عيب. وثانيًا: أن قوله: وسلمه لا بد منه فإن الهبة بدون التسليم غير لازمة، ولا تفيد الملك. وثالثًا: أنه لا فرق بين القيميات والمثليات من مكيل أو موزون، أو عددى متقارب فى هذا الحكم، فإن العلة هو لزوم التفريق قبل التمام، وهو غير جائز فى المثلى أيضًا، كذافى "رد المحتار". ورابعًا: أنه لا تخصيص بالبيع والهبة، فإن الحكم كذلك لو لبس ثوبًا منها حتى تغير، كذا فى "كافى الحاكم"، وقال الخير الرملى: وكذا الحكم لو استهلكه، أو هلك، أو كان عبدًا فمات، أو أعتقه. (سقاية)

(٥) وقبضه. (ع)

(٦) أى من الثياب الزطية. (ع)

(٧) قوله: "وكذلك خيار الشرط" أى ليس له أن يرد شيئًا منها بخيار الشرط إذا اشترى عدل زطى بخيار الشرط، فقبضه وباع منه ثوبًا، أو وهب. (ك)

(٨) قوله: "لأنه تعذر الرد [لتعلق حق الغير] إلخ" توضيحه: أن الثوب الذى بيع خرج عن ملك هذا المشترى، ودخل فى ملك المشترى الثانى، أو الموهوب له، فتعذر الرد فيه لتعلق حق الغير، فلو رد ما بقى يلزم تفريق الصفقة قبل التمام، وهو لا يجوز، ووجه اللزوم أن خيار الرؤية وخيار الشرط يمنعان تمام الصفقة، فإن تمامها يكون بانتهاءها ولزومها، وهذان الخياران يمنعان الانتهاء واللزوم، ألا ترى أنه يجوز الرد بهذين الخيارين بغير قضاء ولا رضا. (سقاية)

(٩) قوله: "تفريق الصفقة [وهو ممنوع] إلخ" وتفريق الصفقة قبل التمام لا يجوز اعتبارًا بابتداء الصفقة فإنه إذا أوجب البيع فى الشيئين لا يملك المشترى القبول فى أحدهما لما فيه من الأضرار بالبائع لجريان العادة بضم الجيد إلى الردىء، ترويجًا للردىء بالجيد، كذا قيل. (مل)

خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها[١]، بخلاف خيار العيب[٢]؛ لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تتم قبله[٣]، وفيه[٤] وضع المسألة، فلو عاد[٥] إليه بسبب هو فسخ[٦]، فهو على خيار الرؤية[٧]، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي. وعن أبي يوسف[٨] أنه لا يعود بعد سقوطه[٩] كخيار الشرط، وعليه[١٠] اعتمد القدوري.

باب خيار العيب[١١]

وإذا[١٢] اطلع المشتري على عيب في المبيع، فهو بالخيار، إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده؛ لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة[١٣]، فعند فواته يتخير

---

(١) قوله: "يمنعان تمامها" لأن تمامها بالرضا، ولا رضا مع وجودهما.

(٢) قوله بخلاف خيار العيب إلخ" توضيح المقام: أن الصفقة لا تتم مع خيار العيب قبل القبض، فلو وجد المشتري عيبًا بثوب قبل القبض فله أن يردها إن شاء، وليس له أن يرد المعيب خاصة لعدم تمام الصفقة قبل القبض، ولذا لا يحتاج في الرد إلى رضى البائع، ولا إلى القضاء. وأما بعد القبض فالصفقة تتم مع خيار العيب، حيث لا يمكن الرد بعد القبض بحكم خيار العيب إلا بالرضا أو القضاء، فلو وجد بثوب منها عيبا بعد القبض له أن يرد المعيب خاصة إن شاء لغرور من البائع. وأما قوله: وفيه وضع المسألة، أي في المقبوض وضع مسألة "الجامع الصغير"، ولذا استثنى فيها بقوله: إلا من عيب. (سقاية)

(٣) قوله: "وإن كانت لا تتم قبله [في خيار العيب]" أي قبل القبض، لأن تمام الصفقة إنما يحصل بانتهاء الأحكام والمقصود، وذلك لا يكون قبل التسليم وثبوت ملك اليد،فقبل القبض لو وجد عيبا في ثوب منها يردها لعدم تمام الصفقة قبل القبض، وأما بعد القبض فلو وجد بأحدها يرد المعيب خاصةً؛ لأن خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بعد القبض، لأنه رضى بالعقد على اعتبار السلامة، والسلامة عن العيب ثابتة من حيث الظاهر، فكانت الصفقة تامة، ولهذا لا يملك الرد بحكم العيب بعد القبض إلا برضا أو قضاء، وفي خيار الشرط والرؤية يتفرد بالرد، كذا في "الكفاية" و "العيني". (مل)

(٤) أي في المقبوض.

(٥) الثوب.

(٦) قوله: "بسبب هو فسخ" بأن رد المشتري الثاني بالعيب بقضاء القاضي، أو رجع عن الهبة. (ع)

(٧) فجاز أن يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع. (ع)

(٨) قوله: "وعن أبي يوسف إلخ" في فتاوى قاضي خان، وهو الصحيح. (ك)

(٩) لأن الساقط لا يعود. (ع)

(١٠) أي على قول أبي يوسف.

(١١) قوله: "باب خيار العيب" أخر خيار العيب لأنه يمنع اللزوم وإضافة الخيار إلى العيب من قبيل إضافة الشيء إلى سببه. (ع)

(١٢) هذا كلام القدوري. (سقاية)

(١٣) قوله: "لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة" أي سلامة المعقود عليه، فكانت سلامته كالمشروط صريحًا لكونها مطلوبة عادة، فعند فوات وصف السلامة يتخير المشتري، إذ لو لزم العقد للزم بدون رضاه، ولا بد من رضاه. وإنما قال: مطلق العقد يقتضي إلخ لأن الغالب في الأشياء السلامة، وكل واحد من العاقدين ذو عقل وتمييز، فيعرض عن أن يغبن رجلا أو يغبن، فيقع العقد على وصف السلامة.

كيلا يتضرر بلزوم مالا يرضى به، وليس له أن يمسكه[١] ويأخذ[٢] النقصان[٣]؛ لأن[٤] الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن[٥] في مجرد العقد[٦]، ولأنه[٧] لم يرضَ بزواله[٨] عن ملكه[٩] بأقل من المسمى[١٠]، فيتضرر به[١١]، ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد[١٢] بدون تضرره[١٣]، والمراد[١٤] به عيب كان عند البائع، ولم يره المشتري عند البيع، ولا عند القبض، لأن ذلك[١٥] رضا به.

قال[١٦]: وكلما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار[١٧] فهو عيب، لأن التضرر بنقصان المالية، وذلك[١٨] بانتقاض القيمة، والمرجع في معرفته[١٩] عرف أهله.

فإن قلت: إن وصف السلامة لما كان من لوازم مطلق العقد، وإذا فات اللازم فات الملزوم، فبفواته ينتفي العقد لا أنه يتخير. قلت: إن المطلق ينصرف إلى الكامل، وهو العقد اللازم، ومن انتفاءه لا يلزم انتفاء العقد، كذا في "العناية". (مل)

(١) أي المبيع المعيوب.

(٢) من البائع.

(٣) أي نقصان العيب.

(٤) أي لأن الفائت وصف، والأوصاف إلخ.

(٥) قوله: "لا يقابلها إلخ" لأن الثمن عين، فيكون مقابلا بالعين دون الوصف لأنه عرض غير متقوم، فأنى يقابله عين متقوم، ولأن الثمن لا يخلو إما أن يقابل بالوصف والأصل، وفيه تسوية بين الأصل والتبع، أو بالوصف فقط، وفيه ترجيح التبع على الأصل أو بالأصل دون الوصف وهو المرام. (كفاية)

(٦) قوله: "في مجرد العقد" احترز به عما إذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كما لو قطع البائع يد المبيع قبل القبض، فإنه يسقط به نصف الثمن، لأنه صار مقصوداً بالتناول أو حكما، بأن يمتنع الرد لحق البائع بالتعيب عند المشتري، أو لحق الشرع بالجناية. (كفاية)

(٧) أي البائع.

(٨) المبيع.

(٩) وفي إمساكه وأخذ النقصان زواله بأقل، فلم يكن مرضيه. (ع)

(١٠) أي الثمن المسمى.

(١١) البائع.

(١٢) قوله: "ودفع الضرر إلخ" جواب عما يقال: إن المشتري أيضاً يتضرر حيث يأخذ المبيع المعيوب. (س)

(١٣) قوله: "بدون تضرره [البائع]" فإن قيل: البائع إذا باع معيباً، فإذا هو سليم، فالبائع يتضرر لما أن الظاهر أنه نقص الثمن على ظن أنه معيب، ولا خيار له، وعلى هذا فالواجب إما شمول الخيار لهما، أو عدمه لهما. وأجيب: بأن المبيع كان في يد البائع وتصرفه، وممارسته طول زمانه، فأنزل عالماً بصفة ملكه، فلا يكون له الخيار، وإن ظهر بخلافه، وأما المشتري فإنه ما رأى المبيع، فلو ألزمنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له، فيثبت له الخيار. (عناية)

(١٤) أي في قول المصنف على عيب.

(١٥) أي رؤية العيب عند إحدى الحالتين.

(١٦) أي القدوري. (عيني)

(١٧) أي في عرفهم.

(١٨) فالتضرر بانتقاص القيمة.

والإباق[1]، والبول[2] في الفراش، والسرقة[3] في الصغير عيب ما لم يبلغ، فإذا بلغ فليس ذلك بعيب، حتى يعاوده[4] بعد البلوغ، ومعناه: إذا ظهرت[5] عند البائع في صغره، ثم حدثت عند المشتري في صغره، فله أن يرده، لأنه[6] عين ذلك[7]، وإن حدثت[8] بعد بلوغه لم يرده، لأنه[9] غيره[10]، وهذا[11] لأن سبب هذه الأشياء[12] يختلف بالصغر والكبر، فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة[13]، وبعد الكبر لداء[14] في الباطن، والإباق في الصغر لحب اللعب، والسرقة لقلة المبالات[15]، وهما بعد الكبر لخبث في الباطن، والمراد[16] من الصغير من يعقل[17]، فأما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق[18]، فلا يتحقق عيبًا.

---

(١٩) أي معرفة قيمته.

(١) قوله: "والإباق [بالكسر: گريختن بندة. م]" مدة السفر، أو ما دونه عيب لأن الإباق إنما كان عيبًا لأنه يوجب فوات المنافع على المولى، وفي هذا المعنى السفر وما دونه سواء، ولو أبقت من الغاصب إلى مولاها فهذا ليس بإباق، وإن أبقت فلم ترجع إلى الغاصب، ولا إلى المولى، وهي تعرف منزل مولاها، وتقوى على الرجوع إليه، فهذا عيب، وإن كانت لا تعرف منزل مولاها، أو لا تقوى على الرجوع فهو ليس بعيب. (كفاية)

(٢) قوله: "والبول إلخ" في "الإيضاح": والسرقة والبول في الفراش في حالة الصغر قبل أن يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب، لأنه لا يعقل ما يفعل، وبعد ذلك فهو عيب ما دام صغيرًا، وكذا الإباق. (ك)

(٣) قوله: "والسرقة" وإن كانت أقل من عشرة دراهم عيب، لأن السرقة إنما كانت عيبًا لأن الإنسان لا يأمن من السارق على مال نفسه، وفي حق هذا المعنى العشرة وما دونها سواء، والعيب في السرقة لا تختلف بين أن تكون من المولى، أو من غيره إلا في المأكولات، فإن سرق ما يؤكل لأجل الأكل من المولى لا يعد عيبًا، ومن غير المولى يعد عيبًا، وسرقة ما يؤكل لا لأجل الأكل بل للبيع عيب من المولى وغيره. (كفاية)

(٤) قوله: "حتى يعاوده" أي يعاد، وذلك العيب بعد البلوغ في يد البائع، ثم يبيعه، فيعاوده في يد المشتري. (مل)
قوله: "حتى يعاوده" عواد بالكسر باز گشتن بادل كار ومرة بعد أخرى خواستن چيزى راد. (من)

(٥) هذه الأشياء.

(٦) أي لأن الذي حدث عند المشتري.

(٧) أي الذي وجد عند البائع.

(٨) عند المشتري.

(٩) أي لأن الذي حدث عند المشتري.

(١٠) أي غير الذي ظهر عند البائع.

(١١) إشارة إلى إيضاح الفرق بين الحالتين.

(١٢) أي الإباق وغيره.

(١٣) آبدان كه جاى بول باشد. (من)

(١٤) مرض.

(١٥) باک نداشتن.

(١٦) في المتن.

(١٧) أي يأكل ويشرب وحده.

قال[١]: والجنون[٢] في الصغر عيب أبداً، ومعناه إذا جن في الصغر في يد البائع، ثم عاوده في يد المشتري فيه، أو في الكبر يرده، لأنه عين الأول[٣] إذ السبب في الحالين[٤] متحد، وهو فساد العقل[٥]، وليس معناه[٦] أنه لا يشترط[٧] المعاودة في يد المشتري، لأن الله تعالى قادر على إزالته، وإن[٨] كان قل ما يزول، فلا بد من المعاودة للرد. قال[٩]: والبَخَر[١٠] والذَفَر[١١] عيب في الجارية، لأن المقصود[١٢] قد يكون الاستفراش، وهما يخلان به، وليس بعيب في الغلام، لأن المقصود[١٣] هو الاستخدام ولا يخلان به، إلا أن يكون[١٤] من داء[١٥]؛ لأن الداء عيب، والزنا[١٦]

---

(١٨) فلا يجري عليه حكم الآبق.

(١) أي محمد في "الجامع". (عيني)

(٢) قوله: "والجنون إلخ" قال بعضهم: الجنون وإن كان ساعة عيب، وقال بعضهم: إن كان أكثر من يوم وليلة فهو عيب، وأما يوم وليلة فما دونه ليس بعيب، وقال بعضهم: المطبق عيب، وغير المطبق ليس بعيب. (عناية)

(٣) الذي وجد عند البائع.

(٤) قوله: "في الحالين" أي في الحال الذي كان عند البائع، والحال الذي كان عند المشتري. (عيني)

(٥) قوله: "وهو فساد العقل" لأن العقل معدنه القلب، وشعاعه في الدماغ، والجنون هو انقطاع ذلك الشعاع، وهو لا يختلف باختلاف السبب. (درر)

(٦) قوله: "وليس معناه [أي معنى قول المصنف: عيب أبداً]" أن المعاودة في يد المشتري ليست بشرط كما مال إليه شمس الأئمة الحلواني، وشيخ الإسلام، وهو رواية "المنتقى" بناء على أن آثاره لا ترتفع، لأن الله تعالى قادر على إزالته بحيث لا يبقى من أثره شيء، والأصل في العقد اللزوم، فلا يثبت ولا ية الرد إلا المعاودة، وهو المذكور في "الأصل" و "الجامع الكبير". (ع)

(٧) أي للرد.

(٨) الواو وصلية.

(٩) أي القدوري (عيني)

(١٠) قوله: "والبخر إلخ" البخر نتن رائحة الفم، والذفر رائحة مؤذية هي من الإبط، كذا في "المبسوط"، وذكر في "المغرب": الدفر مصدر دفر إذا خبثت رائحته، وبالسكون النتن، وأما الذفر -بالذال المعجمة فبالتحريك لا غير- وهو حدة الرائحة أينما كانت، ومن مسك إذفر، وإبط ذفراء، وهو مراد الفقهاء في قولهم، والبخر والذفر عيب في الجارية، وهكذا في الرواية. (ك)

(١١) بوے تيز وتند خوش يا ناخوش. (من)

(١٢) من الجارية.

(١٣) من الغلام.

(١٤) قوله: "إلا أن يكون إلخ" أو يكون فاحشاً يمنع القرب من المولى لأنه داء. (زيلعي)

(١٥) مرض.

(١٦) قوله: "والزنا إلخ" أي كون الجارية زانية عيب، وكذا كونها متولدة من الزنا عيب، لأن الأول يخل بالمقصود في الجارية، وهو الاستفراش، والثاني يخل بالمقصود، وهو طلب الولد فإن الولد يعير بأمه إذا كانت ولد الزنا. (مل)

وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام ؛ لأنه يخل بالمقصود في الجارية، وهو الاستفراش وطلب الولد، ولا يخل[١] بالمقصود في الغلام، وهو الاستخدام، إلا[٢] أن يكون الزنا عادة له على ما قالوا، لأن اتباعهن[٣] يخل بالخدمة[٤].

قال[٥]: والكفر عيب فيهما[٦] ؛ لأن طبع المسلم يتنفر عن صحبته[٧]، ولأنه يمتنع صرفه في بعض الكفارات[٨]، فتختل الرغبة[٩]، فلواشتراه على أنه كافر، فوجده مسلمًا لا يرده، لأنه زوال العيب[١٠]، وعند الشافعي يرده[١١]، لأن الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم، وفوات الشرط بمنزلة العيب.

قال: فلو كانت الجارية[١٢] بالغة لا تحيض، أو هي مستحاضة فهو عيب ؛ لأن ارتفاع الدم[١٣] واستمراره علامة الداء[١٤]، ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ[١٥]، وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة، ويعرف[١٦] ذلك بقول الأمة[١٧]، فترد، إذا

---

(١) قوله: "ولا يخل" فإن قلت: لو وجد الغلام زانيًا لا يؤتمن على الجواري، فيكون الزنا عيبًا فيه. قلت: إذا كانت الجواري مستورات يمكنهن حفظ أنفسهن، وإذا شغله المولى بالعمل ربما لا يتفرغ لذلك الأمر، فلا يكون الزنا عيبًا فيه، كذا قال الفقيه أبو الليث في "شرح الجامع الصغير". (سقاية)

(٢) قوله: "إلا أن يكون الزنا عادة له" وذلك بأن يتكرر منه الزنا أكثر من مرتين. (زيلعي)

(٣) أي اتباع الغلام لهن.

(٤) قوله: "يخل بالخدمة" وفي بعض النسخ بعد هذا القول هكذا، والزوجية عيب، وكذا العدة إذا كانت من طلاق رجعي، لأن النكاح قائم بخلاف العدة من طلاق بائن، فلما انقضت العدة قبل الرد لم يرده، لأن العيب قد زال، قال: والكفر إلخ، والمعنى أنه إذا اشترى أمة وهي منكوحة الغير، فهذه الزوجية عيب.

(٥) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٦) أي في الغلام والجارية.

(٧) الكافر.

(٨) قوله: "في بعض الكفارات" أي كفارة القتل عند الكل لتقييد الإيمان في نصها، وكفارة اليمين والظهار عند البعض. (مل)

(٩) وهو سبب لنقصان الثمن.

(١٠) قوله: "لأنه زوال العيب" وزوال الشيء لا يكون إياه كما إذا اشترى معيبا، فإذا هو سليم فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشتراه على أنه كافر للبراءة من عيب الكفر لا للشرط بأن يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا محالة. (ع)

(١١) قوله: "يرده" لفوات الشرط المرغوب، فاستعباد الكافر مقصود لأن فيه إذلاله، قلنا: ذا يرجع إلى الديانة لا إلى المالية. (مل)

(١٢) قوله: "الجارية" عدم الحيض في الصغيرة ليس بعيب، وكذا إذا بلغ بسن الإياس.

(١٣) أي انقطاعه.

(١٤) مرض.

(١٥) أدناها تسعة سنة.

(١٦) قوله: "ويعرف ذلك [أي الارتفاع والاستمرار] إلخ" لأنه لا يعرفها غيرها. (زيلعي)

انضم إليه[١] نكول[٢] البائع قبل القبض[٣] وبعده، هو الصحيح[٤].

قال[٥]: وإذا حدث عند المشتري عيب، واطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع[٦] بالنقصان، ولا يرد المبيع؛ لأن في الرد إضراراً بالبائع؛ لأنه[٧] خرج عن ملكه سالماً[٨]، ويعود معيباً فامتنع[٩]، ولا بد[١٠] من دفع الضرر عنه، فتعين الرجوع بالنقصان[١١]، إلا أن يرضى البائع أن يأخذه[١٢] بعيبه، لأنه رضي بالضرر[١٣]. قال[١٤]: ومن اشترى ثوباً فقطعه، فوجد به عيباً رجع بالعيب؛ لأنه امتنع

---

(١٧) المشتراة.

(١) قوله: إذا انضم إليه إلخ" فإن قول الأمة مقبول في توجه الخصومة، وليس بحجة، فلا بد من الحجة، وهي البينة أو النكول. (مل)

(٢) أي الإعراض عن الحلف.

(٣) قوله: "قبل القبض إلخ" وعن أبي يوسف، ترد قبله بلا يمين البائع لضعف البيع، حتى يملك المشترى الرد بلا قضاء ولا رضا، وصح الفسخ للعقد الضعيف بجهة ضعيفة.

قالوا: في ظاهر الرواية لا يقبل قول الأمة، ذكره في "الكافي"، ولو ادعى انقطاعه في مدة قصيرة لا يسمع دعواه، وفي المديدة: يسمع وأقلها ثلاثة أشهر عند أبي يوسف، وأربعة أشهر وعشر عند محمد، وعن أبي حنيفة وزفر سنتان. وجملة الأمر فيه إذا ادعى انقطاعه وأحسن دعواه على ما ذكرنا، سأل القاضي البائع فإن أقر بما ادعاه المشترى ردها على البائع، وإن أنكر قيام العيب للحال، وهو الانقطاع لا يحلف عند أبي حنيفة على ما يجيء إن شاء الله تعالى، وإن أقر بقيامه في الحال، وأنكر أنه كان عيبا عنده يحلف، فإن حلف برئ، وإن نكل رد عليه، وإن أقام المشترى البينة على أن الانقطاع كان عند البائع. قال في "الكافي": لا يقبل لأنهم لا يعرفون انقطاعه، فيتيقن القاضي بكذبهم بخلاف ما إذا شهدا أنها مستحاضة، لأن الاستحاضة ورود الدم، فيطلع عليه. (زيلعي)

(٤) قوله: "هو الصحيح" لأن شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة في توجه الخصومة فقط. (ع)

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) قوله: "فله أن يرجع بالنقصان" أي بنقصان العيب بأن يقوم المبيع سليماً عن العيب القديم ومعيباً به، فما كان بينهما من عشر أو سدس، أو ثمن يرجع به على البائع. (عيني)

(٧) المبيع.

(٨) عن عيب حدث عند المشترى.

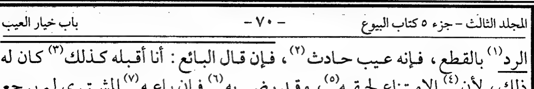
(٩) الرد.

(١٠) لأن مطلق العقد يقتضى السلامة. (ع)

(١١) قوله: "فتعين الرجوع بالنقصان" لأن الجزء الفائت صار مستحقاً للمشترى بالعقد، وقد تعذر تسليمه إليه، فيرد حصته من الثمن، ولا يقال: الفائت وصف، فلا يقابله شيء من الثمن، لأنه صار مقصوداً بالمنع، فيكون له حصة من الثمن. فإن قيل: إن اشترى بعيراً فنحره، فلما شق بطنه وجد أمعاءه فاسدة لا يرجع بنقصان العيب عند أبي حنيفة، وههنا قال: يرجع بالنقصان. قلنا: الفرق بينهما أن النحر إفساد للمالية، لأنه صار بالنحر عرضة للنتن والفساد، ولهذا لا يقطع يد السارق بسرقته، فيختل معنى قيام المبيع في فصل النحر دون القطع. (ك)

(١٢) الحادث.

(١٣) قوله: "لأنه رضى بالضرر" فيتخير المشترى حينئذ إن شاء رده وإن شاء رضى به، وليس له أن يرجع



الرد[١] بالقطع، فإنه عيب حادث[٢]، فإن قال البائع: أنا أقبله كذلك[٣] كان له ذلك، لأن[٤] الامتناع لحقه[٥]، وقد رضى به[٦] فإن باعه[٧] المشترى لم يرجع بشىء، لأن الرد غير ممتنع[٨] برضا البائع، فيصير هو بالبيع حابسًا للمبيع، فلا يرجع بالنقصان. فإن قطع الثوب[٩] وخاطه، أو صبغه[١٠] أحمر، أو لتّ[١١] السويق بسمن، ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه؛ لامتناع الرد بسبب الزيادة[١٢]، لأنه لا وجه إلى الفسخ فى الأصل[١٣] بدونها؛ لأنها لا تنفك عنه[١٤]، ولا وجه إليه[١٥] معها، لأن الزيادة ليست بمبيعة[١٦] فامتنع[١٧] أصلا.

بالنقصان بعد ما رضى البائع به لزوال الموجب لذلك، وهو امتناعه من أخذه. (زيلعى)

(١٤) أى محمد. (عينى)

(١) إلى البائع.

(٢) فالبائع يتضرر برده معيبًا. (ع)

(٣) أى مقطوعًا.

(٤) للرد.

(٥) قوله: "لحقه" بخلاف ما إذا كان الامتناع لزيادة فيه، لأن الامتناع لحق الشرع. (زيلعى)

(٦) فأسقط حقه.

(٧) أى الثوب المقطوع، وقد علم بالعيب بعد القطع قبل البيع.

(٨) قوله: "لأن الرد غير ممتنع" لأنه جاز أن يقول البائع كنت أقبله كذلك، فلم يكن الرد ممتنعًا برضا البائع. (ع)

(٩) كالخياطة وغيرها.

(١٠) قوله: "أو صبغه أحمر" أما لو صبغه أسود فكذلك الجواب عند أبى يوسف، لأن السواد زيادة كالحمرة، وعند أبى حنيفة السواد نقصان كالقطع. (نهاية)

(١١) بالفتح وتشديد تاء: تركردن پست وما نند آن. (م)

(١٢) قوله: "لامتناع الرد بسبب الزيادة" الحاصل أن الزيادة نوعان: متصلة ومنفصلة، والمتصلة نوعان: متولدة كالسمن والجمال، وهى لا تمنع الرد بالعيب، لأن فسخ العقد ثمه فى الزيادة ممكن، لأن الزيادة تبع محض باعتبار التولد والتضرع، والاتصال، ومتصلة غير متولدة كالصبغ، والخياطة واللت، وهى تمنع الرد بالعيب اتفاقًا.

والمنفصلة نوعان: متولدة كالولد والثمر وهى تمنع الرد بالعيب، لأنه لا سبيل إلى فسخه مقصودًا، لأن العقد لم يرد على الزيادة، ولا سبيل إلى فسخه تبعًا لانقطاع التبعية بالانفصال، وغير متولدة من المبيع كالكسب، وهى لا تمنع الرد بالعيب، بل يفسخ العقد فى الأصل دون الزيادة، ويسلم الزيادة للمشترى مجّانًا، بخلاف الولد.

والفرق: أن الكسب ليس بمبيع بحال، لأنه تولد من المنافع، وهى غير الأعيان، والولد تولد من المبيع، فيكون له حكم المبيع، فلا يجوز أن يسلم له مجّانًا لما فيه من الربا، لأنه يبقى فى يده بلا عوض فى عقد المعاوضة، والربا اسم لما يستحق بالمعاوضة بلا عوض يقابله. (ك)

(١٣) أى أصل الثوب والسويق.

(١٤) عن الأصل.

(١٥) أى إلى الفسخ.

(١٦) قوله: "لأن الزيادة ليست بمبيعة" لأن العقد لم يرد على الزيادة، فلا يرد عليها الفسخ ضرورة، إذ فسخ العقد

وليس للبائع أن يأخذه[١]؛ لأن الامتناع[٢] لحق الشرع[٣] لا لحقه[٤]، فإن باعه[٥] المشترى بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان، لأن الرد[٦] ممتنع[٧] أصلا قبله[٨]، فلا يكون بالبيع حابسًا للمبيع[٩]، وعن هذا[١٠].

قلنا: إن من اشترى ثوبًا فقطعه لباسًا لولده الصغير وخاطه، ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان، ولو كان الولد كبيرًا يرجع، لأن التمليك حصل في الأول قبل الخياطة[١١]، وفي الثاني بعده بالتسليم إليه[١٢]. قال[١٣]: من اشترى عبدًا فأعتقه، أو مات عنده، ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه، أما الموت فلأن[١٤] الملك ينتهى[١٥]

رفعه، فلا يرد على ما لم يرد عليه العقد. (ك)

(١٧) الرد.

(١) أى المبيع مع الزيادة.

(٢) قوله: "لأن الامتناع إلخ" أى لأن امتناع الرد لحق الشرع للزيادة الحادثة، وهى فى معنى الربا، وحرمة الربا فى حق الشرع. (ك)

(٣) لأنه ربا. (زيلعى)

(٤) البائع.

(٥) أى الثوب المقطوع المخيط، أو المصبوغ، أو السويق الملتوت بسمن.

(٦) إلى البائع.

(٧) للزيادة الحادثة فى الثوب من ملك المشترى. (ك)

(٨) أى قبل بيع المشترى.

(٩) قوله: "فلا يكون إلخ" لأن الامتناع بسبب الزيادة، بخلاف القطع من غير خياطة. (زيلعى)

(١٠) قوله: "وعن هذا" أى عما قلنا: إن المشترى متى كان حابسًا للمبيع لا يرجع بنقصان العيب، ومتى لم يكن حابسًا له يرجع. (ع)

(١١) قوله: "قبل الخياطة" لأنه بالقطع للصغير صار واهبًا للثوب له مسلمًا إليه، وصار الأب قابضًا عنه، وحق الرد الذى هو الحق الأصلى صار باطلا بالقطع، فبطل البدل، وهو الرجوع بالنقصان، لأنه صار حابسًا للمبيع، وفى الثانى وهو صورة كون الولد كبيرًا بعده، أى بعد الخياطة بالتسليم إليه، أى إلى ولده الكبير، فيكون له الرجوع بالنقصان، لأنه بمجرد القطع لا يكون مسلمًا إليه، لأن الأب لا يصير قابضًا عن ولده الكبير، فلما خاطه خاطه عن ملك نفسه فامتنع الرد بالخياطة ردا للشرع لا بالهبة والتسليم، فصار وجود الهبة والتسليم وعدمها سواء، فيرجع بالنقصان، لأنه لم يكن حابسًا للمبيع. (عينى)

(١٢) ولد.

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) قوله: "فلأن الملك ينتهى به" فإن الملك فى الآدمى باعتبار المالية، وانتهت ماليته بانتهاء الحياة، إذ المالية بعد الموت لا تتحقق، فانتهى الملك بالموت، فامتنع الرد، وفيه إضرار للمشترى بما ليس من فعله، وهو الموت، فيرجع بالنقصان دفعًا للضرر. فإن قلت: إذا صبغ الثوب أحمر فامتنع الرد بفعله، أى الصبغ مع أنه يرجع بالنقصان، فما ذا وجهه؟

قلت: امتناع الرد فى الصبغ ليس بسبب نفس ذلك الفعل، أى الصبغ بل بسبب وجود الزيادة، فكان الامتناع لحق الشرع، وهو شبهة الربا، وحينئذ فالمراد من قوله: والامتناع إلخ أن امتناع الرد يثبت حكمًا للموت لا بفعله، أى لا بفعله

به[١]، والامتناع[٢] حكمى لا بفعله، وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع، لأن الامتناع[٣] بفعله[٤]، فصار كالقتل[٥]، وفى الاستحسان يرجع، لأن العتق إنهاء[٦] الملك، لأن الآدمى ما خلق فى الأصل[٧] محلا للملك[٨]، وإنما يثبت الملك فيه موقتاً[٩] إلى الإعتاق، فكان إنهاء، فصار كالموت.

وهذا[١٠] لأن الشىء يتقرر[١١] بانتهاءه[١٢]، فيجعل كأن الملك باقٍ، والرد متعذر، والتدبير والاستيلاد بمنزلته[١٣]، لأن تعذر النقل مع[١٤] بقاء المحل بالأمر[١٥] الحكمى[١٦]، وإن أعتقه[١٧] على مال لم يرجع[١٨] بشىء، لأنه حبس بدله[١٩]، وحبس البدل كحبس المبدل[٢٠]، وعن أبى حنيفة أنه يرجع، لأنه[٢١] إنهاء للملك[٢٢]، وإن[٢٣]

الذى يوجب الزيادة، فتأمل. (مل)

(١٥) أى يتم.

(١) أى بالموت.

(٢) للرد.

(٣) للرد.

(٤) وذلك يمنع الرجوع. (ع)

(٥) قوله: "فصار كالقتل" فإن المشترى إذا قتل العبد الذى اشتراه، ثم اطلع فيه على عيب، فإنه لا يرجع. (عينى)

(٦) إتمام، الإنهاء منتهى شدن، كذا فى "تاج اللغات".

(٧) أى فى أصل الخلقة.

(٨) فإن الأصل فى الآدمى الحرية.

(٩) والموقت إلى وقت ينتهى بانتهاءه. (ع)

(١٠) أى الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء. (عينى)

(١١) يتكامل.

(١٢) ألا ترى أنه يثبت الولاء بالعتق، والولاء من آثار الملك.

(١٣) قوله: "بمنزلته" لأنهما لا يزيلان الملك، ولكن المحل بهما يخرج من أن يكون قابلا للنقل من ملك إلى ملك، فقد تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشراء حقيقةً أو حكمًا، فيرجع بنقصان العيب، لأنه استحق ذلك الملك بوصف السلامة، كما لو تعيب عند المشترى. (ك)

قوله: "بمنزلته" فى الرجوع بالنقصان عند اطلاع العيب.

(١٤) احتراز عن الموت.

(١٥) لا بفعله. (عينى)

(١٦) احتراز عن القتل.

(١٧) العبد الذى اشتراه.

(١٨) بعد وجدان العيب.

(١٩) إذ هو أزال ملكه عنه بعوض.

(٢٠) فصار كالمبيع.

كان بعوض. فإن قتل[١] المشترى العبد[٢]، أو كان[٣] طعامًا فأكله[٤] لم يرجع[٥] بشيء عند أبى حنيفة، أما القتل فالمذكور[٦] ظاهر الرواية، وعن أبى يوسف أنه يرجع، لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوى[٧]، فصار كالموت حتف أنفه[٨]، فيكون إنهاء[٩]. ووجه الظاهر: أن القتل لا يوجد[١٠] إلا مضمونًا[١١]، وإنما يسقط الضمان[١٢] ههنا باعتبار الملك، فيصير كالمستفيد به[١٣] عوضًا، بخلاف الإعتاق، لأنه[١٤] لا يوجب الضمان لا محالة[١٥] كإعتاق المعسر[١٦] عبدًا مشتركًا. وأما الأكل فعلى الخلاف، وعندهما[١٧] يرجع[١٨]، وعنده لا يرجع استحسانًا،

---

(٢١) قوله: " لأنه إنهاء للملك " لأن المال فيه ليس بأمر أصلى، بل من العوارض، ولهذا يثبت الولاية. (ع)

(٢٢) فصار كالموت.

(٢٣) الواو وصلية.

(١) قوله: " فإن قتل " فى نسخة العينى ههنا وجد، قال أى القدورى.

(٢) المبيع.

(٣) الذى اشتراه.

(٤) ثم اطلع على عيب.

(٥) بالنقصان.

(٦) أى قوله: لا يرجع.

(٧) من القصاص والدية.

(٨) قوله: " حتف أنفه " حتف بالفتح مرگ، مات فلان حتف أنفه: مرد بر فراش بدون قتل، وضرب، وغرق، وحرق. قيل: هذا فى الآدمى، ثم عم فى كل حيوان إذا مات بغير سبب، وخص الأنف لأنه أراد أن روحه تخرج من أنفه بتتابع نفسه، ولأنهم كانوا يتخيلون أن روح المريض تخرج من أنفه، والجريح من جراحته. (من)

(٩) للملك.

(١٠) قوله: "لا يوجد إلا مضمونًا" لقوله عليه الصلاة والسلام: «ليس فى الإسلام دم مفرح» أى مبطل. (عناية)

(١١) بالقصاص أو الدية.

(١٢) قوله: "وإنما يسقط الضمان" عن المولى ههنا، أى فى قتل المولى عبده باعتبار أن القاتل مالك للمقتول، فيصير المولى كمن استفاد بالملك عوضًا، لأنه سلمت له نفسه، إذ لو لم يكن عبده لوجب عليه القصاص، أو القيمة، وبالملك لم يجب، فصار كما لو باع وأخذ الثمن، وهناك لا يرجع بنقصان العيب، فكذا ههنا.

وقال فى النهاية وفى الكفاية: فإن قيل: هذا يشكل بالقطع والخياطة، فإنهما فعلان مضمونان، ومع ذلك يرجع بالنقصان. قلنا: إنما يرجع لامتناع الرد بحكم شرعى، ولا كذلك ههنا، فإن الرد امتنع بفعل مضمون. (مل)

(١٣) أى بالملك.

(١٤) قوله: "لأنه لا يوجب إلخ" أى ليس بموجب للضمان فى غير الملك مطلقًا لعدم نفوذه فيه، ومن أحد الشريكين إذا كان معسرًا فقد تخلف عن الضمان. (ع)

(١٥) فلم يصر به مستعيضًا، فلا يمنع الرجوع.

(١٦) تنگدست، وحينئذ يسعى العبد.

(١٧) قوله: "وعندهما يرجع" وفى "الخلاصة": والفتوى على قولهما. (نهاية)

وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب[١] حتى تخرق[٢]، لهما أنه صنع فى المبيع ما يقصد بشراءه[٣]، ويعتاد فعله فيه، فأشبه[٤] الإعتاق[٥]، وله أنه تعذر الرد بفعل[٦] مضمون منه[٧] فى المبيع، فأشبه البيع[٨] والقتل، ولا معتبر[٩] بكونه مقصودًا، ألا ترى أن البيع مما يقصد بالشراء، ثم هو يمنع الرجوع[١٠]، فإن أكل بعض الطعام، ثم علم بالعيب، فكذا الجواب[١١] عند أبى حنيفة، لأن الطعام كشىء واحد، فصار كبيع البعض[١٢]، وعنهما أنه يرجع بنقصان العيب فى الكل[١٣]، وعنهما[١٤] أنه يرد[١٥] ما بقى، لأنه لا يضره[١٦] التبعيض.

قال: ومن اشترى بيضًا، أو بطيخًا[١٧]، أو قثاءً[١٨]، أو خيارًا[١٩]، أو جوزًا[٢٠]،

---

(١٨) بالنقصان.

(١) الذى اشتراه.

(٢) ثم اطلع على عيب عند البائع.

(٣) أى الأكل واللبس.

(٤) من حيث إنه إنهاء الملك.

(٥) وفيه الرجوع.

(٦) قوله: "بفعل مضمون" لأن الأكل واللبس موجب للضمان فى ملك الغير، وباعتبار الملك استفاد البراءة، فذلك بمنزلة عوض سلم له. (ع)

(٧) المشترى.

(٨) أى بيع المشترى.

(٩) جواب عن قياس الصاحبين.

(١٠) بالنقصان.

(١١) قوله: "فكذا الجواب [أى لا يرجع]" أى لا يرد ما بقى ولا يرجع بنقصان ما أكل وما بقى، لأن الطعام فى الحكم كشىء واحد، فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض، فصار كبيع البعض، أى إذا باع بعضه، ثم وجد به عيبًا لا يرجع بالنقصان، لا فى المزال ولا فى الباقى عندنا، لأن امتناع الرد فى الباقى بفعله حيث باع بعضه. (ك)

(١٢) دون البعض، وفى البيع لا يرجع.

(١٣) قوله: "فى الكل" أى فيما أكل، وما لم يؤكل، وليس له أن يرد الباقى، لأن الطعام كشىء واحد، فيتعيب بالتبعيض، وأكل الكل لا يمنع الرجوع عندهما، فأكل البعض أولى. (زيلعى)

(١٤) قوله: "وعنهما إلخ" وفى بيع البعض عنهما روايتان: فى إحداهما: لا يرجع بشىء كما هو قول أبى حنيفة، وهو المذكور ههنا، لأن الطعام كشىء واحد، فبيع البعض فيه كبيع الكل، وفى الأخرى: يرد ما بقى، لأنه لا يضره التبعيض، ولكن لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبارًا للبعض بالكل. (ع)

(١٥) ويرجع بنقصان ما أكل.

(١٦) الطعام.

(١٧) خربزه.

(١٨) قوله: "أو قثاء" بفارسى خيارزه، وبهندى ككڑى نامند. (مخزن الأدوية)

فكسره[١] فوجده فاسدًا[٢]، فإن لم ينتفع به[٣] رجع بالثمن كله؛ لأنه ليس بمال[٤]، فكان البيع باطلا، ولا يعتبر[٥] في الجوز صلاح قشره على ما قيل، لأن[٦] ماليته[٧] باعتبار اللبّ، وإن كان ينتفع به مع فساده لم يرده[٨]، لأن الكسر عيب حادث، ولكنه يرجع بنقصان العيب، دفعًا للضرر[٩] بقدر الإمكان، وقال الشافعي: يرده، لأن الكسر[١٠] بتسليطه[١١]، قلنا: التسليط على الكسر فى ملك المشترى لا فى ملكه[١٢]، فصار كما إذا كان ثوبًا، فقطعه. ولو وجد البعض فاسدًا وهو[١٣] قليل جاز البيع استحسانًا، لأنه لا يخلو عن قليل فاسد[١٤]، والقليل ما لا يخلو عنه

(١٩) بادرنگ.

(٢٠) أو غيره من الفواكه. (ع)

(١) أى بغير علم به، وأما بالكسر بعد العلم فدليل الرضا. (زيلعى)

(٢) بأن كان منتنًا أو مرًا. (ع)

(٣) قوله: "فإن لم ينتفع به" أى لم ينتفع به أصلا بحيث لا يصلح لأكل الناس، ولا للعلف، قال الإمام الحلوانى: هذا إذا ذاقه فوجده كذلك، فتركه، فإن تناول شيئًا منه بعد ما ذاقه لا يرجع عليه بشىء، وما لا ينتفع به أصلا كالقرع إذا وجده مرا، والبيضة إذا كانت مذرة. (ك)

(٤) قوله: "لأنه ليس بمال" إذ المال ما ينتفع به فى الحال أو ثانى الحال، فإذا كان لا ينتفع به أصلا لا يكون محلا للبيع، فبطل البيع. (عينى)

(٥) قوله: "ولا يعتبر إلخ" جواب سؤال، وهو أن التعليل يصح فى البيض لأن قشره لا قيمة له، وأما الجوز فربما يكون لقشره قيمة فى موضع يستعمل استعمال الحطب لعزته، فيجوز أن يكون العقد صحيحًا فى القشر بحصة لمصادفة المحل، ويرجع على البائع بحصة اللب كما ذهب إليه بعض مشايخنا. (ع)

(٦) قوله: لأن ماليته باعتبار اللب" دون القشر، وإذا كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع، فوقع باطلا، فيرد القشر، ويرجع بكل الثمن، وعلى هذا إذا كان المبيع بيض النعامة، فوجدها بالكسر مذرة، ذكر بعض المشايخ: أنه يرجع بنقصان العيب، وهذا الفصل يجب أن يكون بلا خلاف، لأن مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه، وإن كان مما ينتفع به فى الجملة، ولم يرده لتعيبه بالكسر الحادث، لكنه يرجع بنقصان العيب دفعًا للضرر بقدر الإمكان من الجانبين. (ع)

(٧) جوز، أى قبل الكسر. (ك).

(٨) إلا إذا رضى البائع بذلك لأنه أسقط حقه. (زيلعى)

(٩) من الجانبين.

(١٠) وإن كان عيبًا حادثًا، فصار كأنه فعله ورضى به.

(١١) البائع.

(١٢) قوله: "لا فى ملكه" أى فى ملك البائع لأنه بالبيع لم يبق ملكه، فلم يكن التسليط إلا فى ملك المشترى، وذلك هدر لعدم ولايته عليه، فصار كما إذا كان المبيع ثوبا فقطعه، ثم وجده معيبًا، فإنه يرجع بالنقصان بالإجماع وإن حصل التسليط منه لكونه هدرًا. (عينى)

(١٣) الواو حالية.

(١٤) فهو كالتراب فى الحنطة، فلو فسد البيع باعتباره لانسد باب بيعه. (ك)

الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة، وإن كان الفاسد كثيراً[١] لا يجوز[٢]، ويرجع[٣] بكل الثمن، لأنه جمع بين المال وغيره، فصار كالجمع[٤] بين الحر وعبده.

قال[٥]: ومن باع عبداً، فباعه[٦] المشترى، ثم رد عليه بعيب، فإن قبل[٧] بقضاء القاضي بإقرار[٨]، أو ببينة، أو بإباء يمين، له[٩] أن يرده على بائعه، لأنه فسخ[١٠] من الأصل، فجعل البيع[١١] كأن لم يكن[١٢] غاية[١٣] الأمر[١٤] أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذباً شرعاً بالقضاء، ومعنى القضاء بالإقرار أنه[١٥] أنكر الإقرار، فأثبت بالبينة، وهذا بخلاف[١٦] الوكيل بالبيع إذا رُد[١٧] عليه بعيب بالبينة حيث

(١) وهو أن يكون في المائة أكثر من ثلاثة. (ك)

(٢) في الكل.

(٣) قوله: "ويرجع بكل الثمن" عند أبي حنيفة لجمعه في العقد بين ماله قيمة وبين ما لا قيمة له، وعندهما يصح العقد فيما كان صحيحاً، وهو الأصح، وقيل يفسد العقد في الكل إجماعاً، لأن الثمن لم يفصل. (كفاية)

(٤) في البيع.

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) أي بعد القبض، لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز.

(٧) الرد.

(٨) قوله: "بإقرار" ومعنى القضاء بالإقرار أن الخصم أي المشترى الثاني ادعى على المشترى الأول الإقرار بالعيب، والمشترى الأول أنكره، فأثبته الخصم بالبينة، وإنما احتيج إلى هذا التأويل لأنه إذا لم ينكر إقراره، لا يكون الرد محتاجا إلى القضاء بل يرد عليه بإقراره بالعيب، وحينئذ ليس له أن يرده على بائعه، لأنه إقالة. أو ببينة: قامت عليه عند القاضي من جهة المشترى الثاني لما أنكر المشترى الأول قبوله بالرد. أو بإباء يمين: يعني لما عجز المشترى الثاني عن إقامة البينة، وتوجه على المشترى الأول باليمين، فأبى عن اليمين، وحكم القاضي عليه بالنكول، كذا قيل. (ملخص الحواشي)

(٩) أي للمشترى الأول.

(١٠) قوله: "لأنه فسخ" فإن قلت: إن المبيع لو كان عقاراً لا يبطل حق الشفيع في الشفعة، وإن كان الرد بالعيب بالبينة، ولو كان فسخاً من الأصل لبطلت الشفعة لبطلان البيع من الأصل. قلنا: إن حق الشفيع كان ثابتاً قبل الرد، وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى. (ك)

قوله: "لأنه" أي لأن الرد على المشترى الأول فسخ للبيع الثاني.

(١١) الثاني.

(١٢) والبيع الأول قائم، فله الرد بالعيب. (عناية)

(١٣) قوله: "غاية الأمر إلخ" هذا جواب سؤال، بأن يقال لما أنكر البائع الثاني العيب، فكيف يصح رده على بائعه بالعيب الذي أنكره، إذ ذاك مناقضة منه، فأجاب عنه بأنه ارتفعت المناقضة لما كذبه الشارع فيه في إنكاره، وفيه خلاف محمد. (ك)

(١٤) أي غاية أمر المشترى.

(١٥) المشترى الأول.

(١٦) قوله: "بخلاف الوكيل إلخ" متعلق بمحذوف تقديره، والبيع الأول قائم بنفسه، فلم ينفسخ بانفساخ الثاني، بخلاف الوكيل إلخ. (نهاية)

يكون[1] ردًا على المولى، لأن البيع هناك[2] واحد[3]، والموجود ههنا[4] بيعان، فبفسخ الثاني لا ينفسخ الأول[5].

وإن قبل[6] بغير قضاء القاضي ليس[7] له أن يرده، لأنه[8] بيع جديد في حق ثالث وإن[9] كان فسخًا في حقهما[10]، والأول[11] ثالثهما[12]. وفي "الجامع الصغير": وإن رد عليه[13] بإقراره بغير قضاء بعيب[14] لا يحدث مثله لم يكن له[15] أن يخاصم الذي باعه، وبهذا[16] يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله[17]، وفيما لا يحدث سواء[18]، وفي بعض[19] روايات البيوع[20] أن فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول.

---

(١٧) المبيع.

(١) هذا الرد.

(٢) أي في فصل الوكيل.

(٣) فإذا فسخ الفسخ في حق الموكل. (ك)

(٤) أي في بيع المشتري.

(٥) قوله: "لا ينفسخ الأول" ولهذا لا يكون الرد على المشتري الأول ردًا على بائعه. (عيني)

(٦) أي المشتري الأول الرد.

(٧) قوله: ليس له إلخ" لأن الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما إذ لا ولاية لهما على غيرهما، بخلاف القاضي لأن له ولاية عامة. (زيلعي)

(٨) قوله: "لأنه بيع [أي لأن هذا الرد]" لأنه لا ولاية لهما على الرد بعد القبض. (زيلعي)

(٩) الواو وصلية.

(١٠) المشتريين.

(١١) أي البائع الأول.

(١٢) المشتريين.

(١٣) المشتري الأول.

(١٤) كالإصبع الزائدة أو الناقصة.

(١٥) المشتري الأول.

(١٦) أي بمسألة "الجامع الصغير".

(١٧) كالقروح والأمراض. (نهاية)

(١٨) قوله: "سواء" وذلك لأنه لا يتمكن من الرد فيما لا يحدث مثله مع التيقن بوجوده عند البائع الأول، فكان أولى أن لا يتمكن من الرد فيما حدث مثله مع احتمال أنه حدث عند المشتري. (عيني)

(١٩) قوله: "وفي بعض الروايات إلخ" والصحيح رواية "الجامع الصغير"، لأن الرد بغير قضاء يعتمد التراضي، فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما، وهو البائع الأول، فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الأول ليخاصمه. (ع)

(٢٠) أي بيوع الأصل.

قال[١]: ومن اشترى عبداً فقبضه فادعى عيبًا لم يجبر على دفع الثمن[٢] حتى يحلف البائع، أو يقيم المشترى البينة[٣]؛ لأنه[٤] أنكر[٥] وجوب دفع الثمن حيث[٦] أنكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن أو لا ليتعين حقه بإزاء تعين المبيع، ولأنه لو قضى[٧] بالدفع[٨]، فلعله يظهر العيب[٩]، فينتقض القضاء، فلا يقضى به[١٠] صونًا لقضاءه[١١]، فإن قال المشترى[١٢]: شهودى بالشام[١٣] استحلف

(١) أى محمد. (عينى)

(٢) من القاضى.

(٣) قوله: "أو يقيم المشترى البينة إلخ" قال فى "الفوائد الظهيرية": وفى هذا التركيب نظر، لأنه جعل أحد الأمرين أى حلف البائع وإقامة المشترى البينة غاية لنفى الإجبار على أداء الثمن، فيلزم أن يكون نفى الإجبار منتهيا على إقامة البينة، فإن أقام البينة على العيب يجبر على دفع الثمن، وهذا باطل، فإنه يرد المبيع عند إقامة البينة، فكيف يجبر على دفع الثمن حينئذٍ، وقد تكلف من نظر فى الهداية، والجامع الصغير لإصلاح هذه العبارة.وأنا أبين صلاحها بوجوه:

الأول: أن الكلام يتضمن لفظا عاما يندرج فيه الغايتان، وتقدير العبارة، هكذا لم يجبر على دفع الثمن، حتى يظهر وجه حكم الإجبار عند حلف البائع، أو عدم الإجبار عند إقامة البينة، كذا نقل فى "العناية".

والثانى ما اختاره صاحب "النهاية"، وهو أن قوله: أو يقيم المشترى إلخ معطوف على لم يجبر، وليس بمعطوف على قوله: يحلف البائع، فيستقيم المعنى.

والثالث: أن الانتظار يستلزم عدم الإجبار، فمعنى قوله: لم يجبر إلخ ينتظر من قبيل ذكر اللازم وإرادة الملزوم، أى ينتظر حتى يحلف البائع أو يقيم إلخ، فإن حلف البائع يجبر بدفع الثمن، وإن أقام بينة يرد بالعيب.

والرابع: أن كلمة أو بمعنى إلا، وهذا استثناء من الحلف، أى لم يجبر حتى يحلف البائع إلا أن يقيم المشترى إلخ، فيستمر حينئذٍ عدم الإجبار، كذا قيل.

والخامس: أن هذا الكلام من قبيل اللف والنشر التقديرى، تقديره لم يجبر المشترى على دفع الثمن، ولا يكون للمشترى حق الرد على البائع حتى يحلف البائع، أو يقيم المشترى بينة.

والسادس: أن هذا من قبيل التعليق بالمحال، يعنى إذا استقام أن يجبر على دفع الثمن فيما إذا أقام المشترى بينة على العيب جاز الجبر، وقد علم أنه لا يستقيم، فلا يجبر، وهذا نظير ما قال بعض شراح "المشكاة" فى قوله عليه السلام: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك»، فافهم. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٤) قوله: "لأنه أنكر إلخ" فإن قيل: فى هذا التعليل فساد الوضع، لأن صفة الإنكار تقتضى إسناد اليمين إليه لا إقامة البينة بالحديث، والجواب: أن الاعتبار بالمعنى لا بالصورة، وهو فيه مدع يدعى ما يوجب دفع وجوب دفع الثمن أولا وإن كان فى الصورة منكر. (عناية)

(٥) على نفسه.

(٦) قوله: "حيث أنكر إلخ" لأن حق المشترى فى المسلم لا فى المعيب، ووجوب دفع الثمن أولا إنما هو ليتعين حق البائع بإزاء تعين المبيع، فحيث أنكر تعين حقه فى المبيع، فقد أنكر علة وجوب دفع الثمن أولا، وفى إنكار العلة إنكار المعلول.(ب)

(٧) القاضى.

(٨) أى بدفع الثمن.

(٩) قوله: "فلعله يظهر العيب إلخ" فإن قيل: ما ادعاه المشترى من العيب موهوم فلا يعارض المتحقق، وهو وجوب تسليم الثمن. قلنا: فيه صيانة القضاء عن النقض. (كفاية)

(١٠) أى بالدفع.

البائع، ودفع الثمن، يعنى إذا حلف[١]، ولا ينتظر حضور الشهود، لأن فى الانتظار ضررًا بالبائع، وليس[٢] فى الدفع كثير ضرر به، لأنه على حجته[٣]، أما إذا نكل[٤] ألزم العيب، لأنه حجة فيه[٥].

قال[٦]: ومن اشترى[٧] عبدًا فادعى[٨] إباقًا لم يحلف البائع حتى يقيم المشترى البينة أنه أبق عنده، والمراد[٩] التحليف على أنه لم يأبق عنده، لأن القول وإن[١٠] كان قوله[١١] ولكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب[١٢] به[١٣] فى يد المشترى، ومعرفته[١٤]

---

(١١) عن النقض.

(١٢) حين مطالبة الشهود.

(١٣) والمراد به مدة السفر إلى ثلاثة أيام ولياليها.

(١) قوله: "إذا حلف" يعنى إذا حلف بأن قال: بالله لقد سلمته إليك بحكم البيع، وما به هذا العيب. (عينى)

(٢) قوله: "وليس فى الدفع كثير ضرر إلخ" فيه بحث، فإن فى بقاء المشترى على حجته بطلان قضاء القاضى، وقد تقدم بطلانه، والجواب أن القاضى ههنا قد قضى ههنا بأداء الثمن إلى حين حضور الشهود لا مطلقًا، فلا يلزم البطلان. (عناية)

(٣) قوله: "لأنه على حجته" لأنه لو حضر شهوده كان بسبيل من إقامة البينة ورد المبيع على البائع، واسترداد الثمن. (ك)

(٤) حين طلب المشترى الحلف.

(٥) قوله: "لأنه حجة فيه" أى فى ثبوت العيب، بخلاف الحدود حيث لا يكون النكول فيها حجة، ولهذا لم يحلف فيها.

(٦) أى محمد. (عينى)

(٧) قوله: "ومن اشترى إلخ" إذا ادعى المشترى إباق العبد المشترى، وكذبه البائع فالقاضى لا يسمع دعوى المشترى حتى يثبت وجود العيب عنده، فإن أقام بينة أنه أبق عنده يسمع دعواه، ويقال للبائع: هل كان عندك هذا العيب فى الحالة التى كانت عند المشترى، فإن قال: نعم، رده عليه وإن أنكر وجوده عنده سأل القاضى المشترى ألك بينة، فإن أقامها عليه رده، وإن لم يكن له بينة وطلب اليمين يستحلف أنه لم يأبق عنده. (عناية)

(٨) قوله: "فادعى إباقًا" أى جاء المشترى بالعبد إلى البائع، وقال: بعتنى آبقًا، وإنما وضع المسألة فى الإباق لأن العيب إذا كان ظاهرًا، وهو مما لا يحدث مثله، كالإصبع الزائدة والناقصة، فإن القاضى يقضى بالرد من غير تحليف إذا طلب المشترى، لأنا تيقنا بوجوده عند البائع. أو باطنًا لا يعرفه إلا الأطباء كوجع الكبد والطحال يرجع إلى قول الأطباء فى حق سماع الدعوى، وتوجه الخصومة. أو عيبًا تطلع عليه النساء كالقرن والرتق يرجع إلى قول النساء فى توجه الخصومة، فلا يتأتى فى هذه المواضع تحليف البائع على قيام العيب فى يد المشترى فى الحال، ولا يحتاج المشترى إلى إقامة البينة على قيامه فى الحال، وإنما يثبت بالبينة مالا يعرف إلا بالتجربة كالإباق، والسرقة، والبول فى الفراش، والجنون. (ك)

(٩) أى بالتحليف فى قوله: لم يحلف إلخ.

(١٠) الواو وصلية.

(١١) لكونه منكرًا. (عناية)

(١٢) قوله: "إنما يعتبر [لأن السلامة أصل، والعيب عارض. ع] إلخ" وفيه بحث وهو: إن سلامة الذمم عن الدين أصل، والشغل به عارض، كما أن السلامة عن العيب أصل والعيب عارض، فأى فرق بين ما نحن فيه، وبين ما إذا ادعى على الآخر دينًا، وأنكر المدعى عليه ذلك فإن القاضى يسمع دعواه، ويأمر الخصم بالجواب وإن لم يثبت قيام الدين بالحال. وأجيب: بأن قيام الدين فى الحال لو كان شرطًا لاستماع الخصومة لم يبق سبيل المدعى إلى إحياء حقه، لأنه ربما لا

بالحجة. فإذا أقامها حلّف بالله تعالى[١] لقد باعه، وسلّمه إليه، وما أبق عنده قط، كذا قال في الكتاب[٢]، وإن شاء حلفه[٣] بالله ما له[٤] حق الرد عليك من الوجه الذي يدعى، أو بالله ما أبق عندك قط، أما لا يحلفه[٥] بالله لقد باعه وما[٦] به هذا العيب، ولا بالله لقد باعه، وسلّمه وما[٧] به هذا العيب، لأن فيه ترك النظر للمشترى، لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم، وهو[٨] موجب للرد، والأول[٩] ذهول عنه، والثانى[١٠] يوهم تعلقه[١١] بالشرطين[١٢]، فيتأوله[١٣] في اليمين

يكون له بينة أو كانت له بينة، لكنه لا يقدر على إقامتها بموت أو غيبة، بخلاف ما نحن فيه، لأن توسل المشترى إلى إحياء حقه ممكن، لأن العيب إذا كان مما يعاين ويشاهد أمكن إثباته بالتعرف عن آثاره، وإن لم يعرف بالآثار أمكن التعرف عنه بالرجوع إلى الأطباء والقوابل. (عناية)

(١٣) أى بالعبد.

(١٤) أى معرفة قيام العيب به في يد المشترى.

(١) قوله: "حلّف بالله إلخ" فإن قيل: الإباق فعل الغير والتحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم دون البتات، والجواب: أنه استحلاف على فعل نفسه في المعنى، وهو تسليم المعقود عليه سليماً كما التزم. (ع)

(٢) قوله: "في الكتاب" أى "المبسوط"، وقيل: المراد بالكتاب ههنا الجامع الصغير. (عناية)

(٣) أى القاضى.

(٤) قوله: "ما له إلخ" أى ليس للمشترى حق الرد، عليك أيها البائع بالسبب الذى يدعيه المشترى "أو بالله" أى أو حلفه بالله "ما أبق عندك قط" يعنى أو حلفه القاضى بهذا الوجه، فيقول البائع: بالله ما أبق قط، وإنما قال: عندك لأن القاضى يخاطب البائع كذلك، فإذا حلف أضاف إلى نفسه. (عينى)

(٥) القاضى.

(٦) الواو حالية.

(٧) الواو حالية.

(٨) أى العيب.

(٩) قوله: "والأول" أى التحليف بقوله: بالله لقد باعه وما به هذا العيب غفلة عن حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم، فإذا حلف البائع على العيب بهذا الوجه يتضرر المشترى، لأن البائع صادق في حلفه، فلا يحلفه. (عينى)

(١٠) قوله: "والثانى" وهو قوله: لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب، يوهم تعلقه بالشرطين، لأنه حينئذٍ يتعلق الحنث به، فإذا كان وقت التسليم، ولم يكن وقت البيع لا يحنث، فيدفع الرد بهذا التأويل، فيتضرر به المشترى.

والأصح أن البائع لا يبر في يمينه إلا إذا لم يكن العيب موجوداً في البيع، والتسليم أصلا، لأنه ينفى العيب عند البيع، وعند التسليم، فيحنث إذا كان متعيبا في أحدهما، وفي قوله: يوهم إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك في يمينه، هذه ليس بصحيح. كذا في "الكفاية". ولقائل أن يقول: في عبارة المصنف تسامح، لأنه قال: أما لا يحلفه إلخ، وعلله: بأنه يوهم إلخ، وقالوا: إنما قال يوهم لأن ذلك التأويل ليس بصحيح، فإذا لم يكن التأويل صحيحاً كان التحليف به جائزاً، وهو يناقض قوله: لا يحلف إلا إذا حمل النفى على الوجه الأحوط، فيستقيم، كذا في "العناية". (مل)

(١١) أى تعلق عدم العيب.

(١٢) بيع وتسليم.

(١٣) قوله: "فيتأوله [البائع]" اعلم أن ما ذكره القدورى مقيد بقيود، والأول: عدم نفى المشترى الأول بعد الرد

عند قيامه[(١)] وقت التسليم دون البيع، ولو لم يجد المشترى بينة على قيام العيب عنده، وأراد تحليف البائع بالله ما نعلم أنه أبق عنده يحلف على قولهما، واختلف[(٢)] المشايخ على قول أبى حنيفة. لهما: أن الدعوى[(٣)] معتبرة حتى يترتب عليها البينة، فكذا يترتب التحليف، وله على ما قاله البعض[(٤)]: إن الحلف يترتب على دعوى صحيحة، وليست تصح إلا من خصم، ولا يصير[(٥)] خصمًا فيه[(٦)] إلا بعد قيام العيب[(٧)]، وإذا نكل[(٨)] عن اليمين[(٩)] عندهما يحلف[(١٠)] ثانيًا للرد على الوجه الذى[(١١)] قدمناه[(١٢)]، قال رضى الله عنه[(١٣)]: إذا كان الدعوى فى إباق الكبير يحلف[(١٤)] ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال، لأن الإباق فى الصغر لا يوجب[(١٥)] رده بعد

عليه بالعيب، فإنه لو قال بعد الرد عليه ليس به عيب لا يرده على البيع الأول، كذا فى "الفتح".

والثانى: عدم حدوث العيب الآخر عند المشترى الأول، فإنه لو كان كذلك، فلا يرده على بائعه، بل يرجع عليه بنقصان القديم، كذا فى "الدر المختار".

والثالث: وقوع بيع المشترى الأول قبل اطلاعه على العيب، كذا فى "البحر".

والرابع: وقوع بيع المشترى الأول بعد قبضه، فإن البيع قبل القبض لا يجوز.

والخامس: ادعاء المشترى الثانى على المشترى الأول أن العيب كان فى يد البائع الأول. (السقاية)

قوله: "فيتأوله" تأول الكلام بمعنى أول الكلام ست اى بدان كردانچه كلام بران باز ميگردد. (من)

(١) العيب.

(٢) وهو المذكور فى النوادر، وذكره الطحاوى وهو اختيار المصنف، وقيل: لا خلاف فى هذه المسألة. (ع)

(٣) أى دعوى المشترى.

(٤) من عدم التحليف.

(٥) قوله: "ولا يصير [المشترى] إلخ" ولا نسلم أن كل ما يترتب عليه البينة يترتب عليه التحليف، فإن دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف، والبينة لا تستلزم الدعوى فضلا عن صحتها بل تقوم على ما لا دعوى فيه أصلا، كما فى الحدود، بخلاف التحليف، والفرق: أن التحليف شرع لقطع الخصومة، فكان مقتضيًا سابقة الخصم، ولا يكون المشترى ههنا خصمًا إلا بعد إثبات قيام العيب فى يده، ولم يثبت كما تقدم، وأما البينة فمشروعة لإثبات كونه خصمًا. (ع)

(٦) أى فيما ذكرنا.

(٧) بالحجة الشرعية، وقد عجز عنها. (ع)

(٨) البائع.

(٩) بأنا ما نعلم أنه أبق عنده.

(١٠) قوله: "يحلّف ثانيًا" فإن حلف برئ، وإن نكل يثبت العيب عند البائع، فيرد عليه. (عينى)

(١١) أى على البتات بالله لقد باعه وسلمه إلخ. (ك)

(١٢) من قوله: بالله ما له حق الرد إلخ.

(١٣) أى المصنف. (عينى)

(١٤) البائع.

(١٥) قوله: "لا يوجب إلخ" فلو حلف مطلقًا كان ترك النظر فى حق البائع، لأنه إذا أبق فى يد المشترى بعد البلوغ،

البلوغ. قال: ومن اشترى جارية، وتقابضا[١] فوجدبها عيبا، فقال البائع[٢]: بعتك هذه، وأخرى معها، وقال المشترى: بعتنيها وحدها، فالقول قول المشترى، لأن الاختلاف فى مقدار المقبوض، فيكون[٣] القول للقابض[٤] كما فى الغصب[٥]، وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع، واختلفا[٦] فى المقبوض[٧] لما بينا[٨].

قال[٩]: ومن اشترى عبدين صفقة واحدة، فقبض أحدهما[١٠]، ووجد بالآخر عيبًا، فإنه يأخذهما[١١]، أو يدعهما؛ لأن الصفقة تتم بقبضهما[١٢]، فيكون تفريقها[١٣] قبل التمام، وقد ذكرناه[١٤]، وهذا[١٥] لأن القبض له شبه[١٦] بالعقد، فالتفريق فيه كالتفريق[١٧] فى العقد. ولو وجد بالمقبوض عيبًا[١٨] اختلفوا فيه، ويروى

وقد كان أبق فى يد البائع فى الصغر، ومثل هذا الإباق غير موجب للرد، فيمتنع البائع عن الحلف حذرًا عن اليمين الكاذبة، فيقضى عليه برد العبد بسبب نكوله مع أنه ليس للمشترى ولاية الرد، فيتضرر. (نهاية)

(١) قوله: "وتقابضا" أى قبض البائع الثمن والمشترى الجارية.

(٢) قوله: "فقال البائع إلخ" فائدة دعوى البائع أنه جر بنفع تنقيص الثمن على تقدير الرد، ولهذا قال: وتقابضا. (درر)

(٣) لأنه أعرف بما قبضه. (ع)

(٤) أمينًا كان أو ضمينًا.

(٥) قوله: "كما فى الغصب" فإنه إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه، فقال المغصوب منه: غصبت منى غلامين، وقال الغاصب: غصبت غلامًا واحدًا، فالقول قول الغاصب، لأنه القابض. (عينى)

(٦) قوله: "واختلفا إلخ" بأن كان المبيع جاريتين، فاختلفا، فقال البائع: قبضتهما، وقال المشترى: ما قبضت إلا أحدهما، فالقول للمشترى. (عينى)

(٧) أى فى مقدار المقبوض. (ك)

(٨) قوله: "لما بينا" من أن فى الاختلاف فى مقدار المقبوض القول قول القابض بل ههنا أولى، لأن كون المبيع شيئين أمارة ظاهرة على أن المقبوض كذلك، لأن العقد عليهما سبب مطلق لقبضهما. (ع)

(٩) أى محمد. (عينى)

(١٠) وهو سليم.

(١١) أى ليس له أن يرد المعيب خاصةً. (عناية)

(١٢) أى رد أحدهما ههنا.

(١٣) وهو ممنوع.

(١٤) قوله: "وقد ذكرناه" إشارة إلى قوله قبيل باب خيار العيب أن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض، وإن كانت لا تتم قبله. (ك)

(١٥) أى أن التفريق فى القبض لا يجوز. (ع)

(١٦) قوله: "له شبه إلخ" من حيث إن القبض يثبت ملك التصرف، وملك اليد كما أن العقد يثبت ملك الرقبة، والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد. (ع)

(١٧) قوله: "كالتفريق إلخ" فلو قال بعت منك هذين العبدين، فقال: قبلت أحدهما لم يصح، فكذا هذا. (عينى)

(١٨) فيما إذا اشترى عبدين، فقبض أحدهما.

عن أبي يوسف أنه يرده[١] خاصةً، والأصح أنه يأخذهما، أو يردهما، لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع، وهو اسم للكل[٢]، فصار[٣] كحبس المبيع[٤] لما تعلق[٥] زواله باستيفاء الثمن لا يزول[٦] دون قبض جميعه[٧]، ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبًا يرده خاصةً[٨] خلافًا لزفر[٩]، هو يقول: فيه تفريق الصفقة، ولا يعرى عن ضرر لأن العادة[١٠] جرت[١١] بضم الجيد إلى الرديء، فأشبه[١٢] ما قبل القبض، وخيار الرؤية، والشرط[١٣].

ولنا: أنه[١٤] تفريق الصفقة[١٥] بعد التمام[١٦]، لأن بالقبض تتم الصفقة[١٧] في خيار العيب، وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم[١٨] به على ما مر[١٩]، ولهذا[٢٠]

---

(١) قوله: "أن يرده" وجهه أن الصفقة تامة في حق المقبوض، فبالنظر إليه لا يلزم تفريق الصفقة. (ع)

(٢) أي لكل ما وقع عليه العقد، فما لم يقبض الكل لا يتم الصفقة. (ك)

(٣) أي تمام الصفقة.

(٤) أي لأجل الثمن.

(٥) قوله: "لما تعلق إلخ" فكذا ههنا لما تعلق تمام الصفقة بالقبض وجب أن يتعلق بقبض الكل لا ببعضه اعتبارًا لجانب المبيع بجانب الثمن. (نهاية)

(٦) أي حق الحبس.

(٧) الثمن.

(٨) قوله: "يرده خاصة" قيل هذا في شيئين يمكن إفراد أحدهما بالانتفاع كالعبدين، أما إذا لم يكن كزوجي الخف ومصراعي الباب فإنه يردهما أو يمسكهما، حتى قال مشايخنا: إذا اشترى زوجي ثور، فقبضهما فوجد بأحدهما عيبًا وقد ألف أحدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك الرد المعيب خاصة. (ك)

(٩) فإن عنده ليس إلا أن يردهما.

(١٠) قوله: "لأن العادة جرت إلخ" فإذا جاز رد أحدهما دون الآخر يفوت غرض البائع، وفيه ضرر. (مل)

(١١) بين التجار لرواج الرديء.

(١٢) قوله: "فأشبه ما قبل القبض [بجامع دفع الضرر]" بأن اشترى عبدين ولم يقبضهما، إن شاء أخذهما وإن شاء ردهما حين وجدان العيب، ولا يرد أحدهما. (مل)

(١٣) فإن الصفقة لا تتم فيهما بعد القبض أيضًا، فكذا ههنا.

(١٤) قوله: "أنه تفريق [الرد] إلخ" وتضرر البائع إنما لزم من تدليسه، فلا يلزم المشترى. لا يقال: لو كان كذلك لزم التمكين من رد المعيب قبل قبضهما أيضًا لوجود التدليس منه، لأنه يستلزم التفريق قبل التمام، وأنه لا يجوز. (ع)

(١٥) وهو جائز.

(١٦) أي بعد تمام الصفقة.

(١٧) فيرد المعيب خاصة.

(١٨) لأن تمام الصفقة يتعلق بتمام الرضا، ولم يوجد.

(١٩) قوله: "على ما مر" إشارة إلى ما ذكر في خيار الرؤية بقوله: لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده، وما ذكره بعد بخطوط بخلاف خيار العيب، لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كان لا تتم قبله. (ك)

لو استحق[1] أحدهما ليس له أن يرد الآخر.

قال: ومن اشترى شيئًا[2] مما يكال[3] أو يوزن[4]، فوجد ببعضه عيبًا رده كله، أو أخذه كله، ومراده[5] بعد القبض[6] لأن المكيل إذا كان من جنس واحد[7] فهو كشيء واحد[8]، ألا ترى أنه يسمّى باسم واحد وهو الكر[9] ونحوه[10]، وقيل: هذا[11] إذا كان في وعاء واحد، وإن كان في وعائين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد[12] الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر.

ولو استحق بعضه[13] فلا خيار له[14] في رد ما بقي؛ لأنه لا يضره[15]

(٢٠) قوله: "ولهذا" أي ولأن الصفقة تتم بعد القبض، ولا تتم قبله لو استحق أحد العبدين بعد قبضهما ليس للمشتري أن يرد الآخر بل العقد قد لزم فيه، لأنه تفريق بعد التمام، ولو استحق أحدهما قبل القبض له أن يرد الآخر لتفرق الصفقة فيه قبل التمام. كذا في "الكفاية" و "العناية". (مل)

(١) معنى الاستحقاق في العبد أن يكون عبدًا لشخص آخر غير البائع. (س)

(٢) إذا كان من نوع واحد. (زيلعي)

(٣) كالحنطة.

(٤) كالحديد.

(٥) أي محمد، لأن المسألة من "الجامع". (عيني)

(٦) قوله: "بعد القبض" لأنه إذا كان قبل القبض لا يتفاوت الحكم عندنا بين المكيل والموزون وغيرهما في أنه لا يجوز تفريق الصفقة برد المعيب خاصة، وأما إذا كان بعد القبض فيجوز تفريق الصفقة فيما عدا المكيل والموزون، وأما فيهما فلا يجوز. (عيني)

(٧) وإذا كان من جنسين كالحنطة والشعير فللمشتري أن يرد المعيب.

(٨) قوله: "فهو كشيء واحد" لأن المالية والتقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع، فالحبة الواحدة ليست بمتقومة حتى لا يصح بيعها، وإذا كانت المالية والقابلية للبيع بالاجتماع صار الكل في حق البيع كشيء واحد، وفي الشيء الواحد إذا وجد بعينه معيبًا ليس إلا رد الكل أو إمساكه، لأن رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشتري، وهما في الأعيان المجتمعة عيب، فرد المعيب خاصة رد بعيب زائد، وليس له ذلك، كذا في "الكفاية" و "العناية". (مل)

(٩) قوله: "وهو الكر" اعلم أن الكر ستون قفيزًا، والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف، وفي الجامع الصغير الحسامي: الكر اسم لأربعين قفيزًا. (عيني)

(١٠) كالوسق، وهو ستون صاعًا.

(١١) أي أخذ الكل، أو رد الكل.

(١٢) قوله: "حتى يرد إلخ" وكان الفقيه أبو جعفر يفتي به، ويزعم أنه رواية عن أصحابنا، وقالوا: لا فرق بين ما إذا كان في وعاء واحد أو أوعية ليس له أن يرد البعض بالعيب، وإطلاق محمد في الكتاب يدل عليه، وبه كان يقول شمس الأئمة السرخسي. (ك)

(١٣) أي بعض ما يؤكل أو يوزن بعد القبض. (عيني)

(١٤) المشتري.

(١٥) قوله: "لا يضره [المشتري] التبعيض" وهذا هو الجواب عن أن يقال: إذا كان المكيل والموزون كشيء واحد يجب أن يكون له رد الباقي إذا استحق بعضه، كما في الثوب الواحد والعبد الواحد. (نهاية)

التبعيض[١]، والاستحقاق[٢] لا يمنع تمام الصفقة، لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك[٣]، وهذا[٤] إذا كان بعد القبض، أما لو كان ذلك[٥] قبل القبض له[٦] أن يرد الباقي[٧] لتفرق الصفقة قبل التمام[٨]، وإن كان ثوبًا[٩] فله الخيار؛ لأن التشقيص[١٠] فيه[١١] عيب، وقد كان[١٢] وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق، بخلاف[١٣] المكيل والموزون. ومن اشترى جارية، فوجد بها قرحًا[١٤]، فداواها[١٥]، أو كانت[١٦] دابة فركبها في حاجته فهو رضا، لأن ذلك[١٧] دليل قصده الاستبقاء[١٨]، بخلاف خيار الشرط، لأن الخيار هناك[١٩] للاختبار[٢٠]، وأنه بالاستعمال، فلا يكون الركوب

---

(١) والشركة في المكيلات والموزونات لا تعد عيبًا. (عيني)

(٢) قوله: "والاستحقاق إلخ" جواب سؤال مقدر، تقريره: أن يقال: انتفاء الخيار في رد ما بقي يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام، لأن تمامها بالرضا، والمستحق لم يكن راضيًا، وتوجيه الجواب: أن الاستحقاق لا يمنع تمامها، لأنه برضا العاقد لا المالك، لأن العقد حق العاقد فتمامه يستدعي تمام رضاه، وبالاستحقاق لا ينتفي ذلك. (چلپي)

(٣) المستحق.

(٤) أي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد.

(٥) استحقاق.

(٦) المشتري.

(٧) على البائع.

(٨) قوله: "قبل التمام" لأن تمام الصفقة يحتاج إلى رضا العاقدين، وقبض المبيع وانتفاء أحدهما يوجب عدم تمامها. (عيني)

(٩) قوله: "وإن كان إلخ" يعني إذا كان المبيع ثوبًا، وقد قبضه المشتري، ثم استحق بعض الثوب فللمشتري الخيار في رد ما بقي، لأن التشقيص في الثوب عيب، لأنه يضر في ماليته، والانتفاع به، وإنما قلنا: وقد قبضه، لأنه لو ظهر الاستحقاق قبل القبض كان الثوب وغيره سواء في ثبوت الخيار في رد ما بقي، وإنما قلنا: ثم استحق بعض الثوب، لأن هذه المسألة مبنية على قوله: ولو استحق بعضه، كذا في "النهاية". (مل)

(١٠) أي التبعيض.

(١١) الثوب.

(١٢) قوله: "وقد كان [أي عيب الشركة] إلخ" جواب عما يقال: إنه حدث بالاستحقاق عيب جديد في يد المشتري، ومثله يمنع الرد بالعيب، وتقرير الجواب: أنه ليس بحادث في يد المشتري بل كان في يد البائع وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق، فلا يكون مانعًا. (ع)

(١٣) فإن التبعيض ليس بعيب فيهما، فلا يضر. (عناية)

(١٤) ايش قرحة يكى. (من)

(١٥) المشتري.

(١٦) المشتراة.

(١٧) أي كل واحد من المداوات والركوب للحاجة.

(١٨) وإمساك العين.

(١٩) أي في خيار الشرط.

مسقطاً[١] . وإن ركبها[٢] ليردها على بائعه، أو ليسقيها، أو ليشترى لها علفاً[٣]، فليس برضا[٤]، أما الركوب[٥] للرد فلأنه[٦] سبب الرد، والجواب[٧] فى السقى واشتراء العلف محمول على ما إذا كان لا يجد بدًا منه[٨]، إما لصعوبتها[٩]، أو لعجزه[١٠]، أو لكون العلف[١١] فى عدل[١٢] واحد، وأما إذا كان يجد بدًا منه[١٣] لانعدام[١٤] ما ذكرناه يكون[١٥] رضا.

قال: ومن اشترى عبداً قد سرق، ولم يعلم به[١٦] فقطع عند المشترى له أن يرده[١٧]، ويأخذ الثمن[١٨] عند أبى حنيفة، وقالا: يرجع بما بين[١٩] قيمته سارقاً[٢٠]

---

(٢٠) قوله: "للاختبار [آزمودن]" يعنى أن خيار الشرط إنما شرع للاختبار والركوب مرة يحتاج إليه لذلك، فلو جعل اختياراً للملك لفات فائدة خيار الشرط، أما خيار العيب إنما شرع ليحصل إلى رأس ماله عند عجزه عن الوصول إلى الجزء الفائت، فيندفع الضرر، فلم يكن هذا التصرف فى خيار العيب محتاجًا إليه، وأنه تصرف لا يحل بدون الملك، فجعل دليل الرضا. (ك)

(١) للخيار.

(٢) قوله: "وإن ركبها ليردها إلخ" وإن اختلفا فقال البائع: ركبتها لحاجتك، وقال المشترى: لا، بل لردها عليك فالقول للمشترى. (نهاية)

(٣) محركه خورش ستورد جز آن. (من)

(٤) بالعيب.

(٥) قوله: "أما الركوب إلخ" ولا فرق فيه بين أن يكون له منه بد أو لا، لأن فى الركوب ضبط الدابة، وهو أحفظ لها من حدوث عيب آخر. (ع)

(٦) قوله: "فلأنه سبب الرد" فيكون مفضياً إليه ومقرراً له، ولا كذلك الركوب، للسقى واشتراء العلف. (ك)

(٧) أى حكم المتن.

(٨) ركوب.

(٩) فى "الصحاح": الصعب نقيض الذلول. (نهاية)

(١٠) عن المشى لضعف أو كبر.

(١١) ولو كان فى عدلين فحمل العلف بدون الركوب. (ن)

(١٢) باريك طرف كه بر پشت ستور نهند. (غث).

(١٣) ركوب.

(١٤) قوله: "لانعدام" أى لانعدام الأولين، وكون العلف فى عدلين. (ع)

(١٥) الركوب.

(١٦) أى بسرقته لا وقت الشراء ولا وقت القبض. (ن)

(١٧) وإن شاء أمسكه ويرجع بنصف الثمن، فإن اليد من الآدمى نصفه.

(١٨) كله.

(١٩) قوله: "بما بين إلخ" أى بقدر واقع بين قيمة العبد حال كونه سارقًا تنتهى تلك القيمة إلى غير سارق، بأن يقوم سارقًا وغير سارق، فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن، كذا قال العينى. (مل)

إلى غير سارق، وعلى هذا الخلاف[١] إذا قتل بسبب وجد في يد البائع[٢]، والحاصل[٣] أنه بمنزلة الاستحقاق عنده، وبمنزلة[٤] العيب عندهما. لهما: أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل، وأنه لا ينافي المالية[٥]، فنفذ العقد فيه[٦]، لكنه[٧] متعيب، فيرجع بنقصانه[٨] عند تعذر رده[٩]، وصار كما إذا اشترى[١٠] جارية حاملا، فماتت في يده[١١] بالولادة فإنه يرجع[١٢] بفضل ما بين قيمتها حاملا إلى غير حامل، وله: أن سبب الوجوب[١٣] في يد البائع، والوجوب يفضي إلى الوجود[١٤]، فيكون الوجود مضافًا[١٥] إلى السبب السابق[١٦]، وصار كما إذا قتل[١٧] المغصوب، أو قطع[١٨] بعد الرد[١٩] بجناية وجدت في يد الغاصب، وما

---

(٢٠) منسوبة.

(١) بين الإمام وصاحبيه.

(٢) قوله: "بسبب وجد [كالقتل العمد والردة. ك] إلخ" صورته: اشترى عبدًا مباح الدم لقود، أو ردة، أو قطع طريق، فقتل عند المشتري يرجع على البائع بكل الثمن عند أبي حنيفة، وعندهما يقوم مباح الدم ومعصوم الدم، فيرجع بفضل ما بينهما. (عيني)

(٣) قوله: "والحاصل [أي حاصل المسألة المذكورة]" أنه أي استحقاق القطع، أو كونه مباح الدم بمنزلة الاستحقاق عنده، فإذا ظهر مستحق يرجع بكل الثمن، فكذلك ههنا، وبمنزلة العيب عندهما، فإذا ظهر عيب يرجع بنقصان العيب، بأن يقوم عبدًا قد وجب عليه القطع، وعبدًا لم يجب عليه القطع، فيرجع بإزاء النقصان من الثمن. (عيني)

(٤) قوله: "بمنزلة العيب" أي العيب الذي كان في يد البائع، واطلع المشتري عليه، وتعذر الرد. (مل)

(٥) ولهذا يجوز بيعه. (ك)

(٦) لأن العقد يعتمد على المالية.

(٧) قوله: "لكنه متعيب" لأن الذي حلت يده أو دمه لا يشترى كالسالم. (ن)

(٨) أي نقصان عيب السرقة لا عيب القطع.

(٩) قوله: "عند تعذر رده" أما تعذر الرد في القتل ظاهر، وأما في القطع فلأنه وجد في يد المشتري، وهو عيب حادث، فلا يرده إلا أن يرضى البائع. (ك)

(١٠) قوله: "كما إذا اشترى جارية إلخ" ولم يعلم بالحمل وقت الشراء ولا وقت القبض. (مل)

(١١) المشتري.

(١٢) ولا يرجع بكل الثمن.

(١٣) أي وجوب القطع والقتل.

(١٤) أي وجود القطع والقتل.

(١٥) قوله: "مضافًا [منسوبًا] إلخ" وهذا لأن السبب الموجود عند البائع أوجب استحقاق الفعل، واستحقاقه أوجب وجوده، ووجوده أوجب فوته، فصار ذلك مضافًا إليه بهذه الوسائط. (ك)

(١٦) فصار كالمستحق.

(١٧) قوله: "كما إذا قتل [العبد] إلخ" يعني إذا غصب عبدًا فقتل العبد عند الغاصب رجلا عمدًا، فرده على المولى فاقتص منه في يده، فإن الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب. (ع)

ذكر[١] من المسألة ممنوعة. ولو سرق[٢] في يد البائع، ثم في يد المشترى فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان[٣] كما ذكرنا[٤]، وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث[٥]، ويرجع[٦] بربع الثمن، وإن قبله[٧] البائع فبثلاثة[٨] الأرباع[٩]، لأن اليد من الآدمى نصفه، وقد تلفت[١٠] بالجنايتين[١١]، وفي إحداهما[١٢] الرجوع، فيتنصف. ولو تداولته الأيدى[١٣]، ثم قطع[١٤] في يد الأخير رجع[١٥] الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق[١٦]، وعندهما يرجع الأخير على بائعه[١٧]، ولا

(١٨) يده.

(١٩) إلى مولاه.

(١) قوله: "وما ذكر إلخ" يعنى الجواب عن مسألة الحمل أنها ممنوعة فإن ذلك قولهما، وأما على قول أبى حنيفة فالمشترى يرجع على البائع بكل الثمن إذا ماتت من الولادة، كما هو مذهبه، ولئن سلم فقد ذكر في "المبسوط": وأما الحامل فهناك السبب الذى كان عند البائع يوجب انفصال الولد لا موت الأم بل الغالب عند الولادة السلامة، فسبب الموت هو المرض المتلف، وهو حصل عند المشترى. فإن قيل: يشكل على أصل أبى حنيفة الجارية المغصوبة إذا حبلت فردها الغاصب، وماتت في نفاسها يرجع على الغاصب بقيمتها. قلنا: الواجب على الغاصب فسخ فعله، وهو أن يرد المغصوبة كما غصبت، ولم يوجد ذلك حين ردها حاملا، وههنا الواجب على البائع تسليم المبيع كما أوجبه العقد، وقد وجد ذلك. وعن قولهما سبب القتل لا ينافى المالية أنه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل، والقتل متلف للمالية في هذا المحل، لأنه يستلزمه، فكان بمعنى علة العلة، وهى تقام مقام العلة في الحكم، فمن هذا الوجه صارت المالية كأنها هى المستحقة، كذا في "الكفاية" و "العناية". (مل)

(٢) العبد المبيع.

(٣) أى بنقصان السرقة الموجودة عند البائع.

(٤) هو قوله: فيرجع بنقصانه إلخ.

(٥) وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده. (ع)

(٦) قوله: "ويرجع بربع الثمن" لأنها قطعت بالسببين، فيرجع بما يقابل نصف اليد. (ع)

(٧) العبد.

(٨) أى فيرجع بثلاثة إلخ.

(٩) من الثمن.

(١٠) اليد.

(١١) قوله: "بالجنايتين" وهما اللتان كانت إحداهما في يد البائع والأخرى في يد المشترى. (مل)

(١٢) قوله: "وفى إحداهما" أى إحدى الجنايتين وهى التى في يد البائع، "الرجوع" أى رجوع المشترى على البائع، "فيتنصف" أى النصف، فينقسم النصف عليهما نصفين، والنصف الآخر يرجع فيه على البائع لرده العبد عليه. (عينى)

(١٣) أى بعد وجود السرقة من العبد في يد البائع إذا تداولته الأيدى بالبياعات، ثم قطع يده إلخ. (عناية)

(١٤) قوله: "ثم قطع إلخ" أى بسبب سرقة وجدت في يد البائع، والباعة جمع بائع كالحاكة جمع حائك. (مل)

(١٥) بالثمن.

(١٦) لأنه بمنزلته.

(١٧) قوله: " يرجع الأخير إلخ" حيث لم يصر حابساً للمبيع حيث لم يبعه ولا كذلك الآخرون فإن البيع يمنع

يرجع بائعه على بائعه، لأنه بمنزلة العيب[١]، وقوله[٢] في الكتاب[٣]: ولم يعلم المشترى، يفيد على مذهبهما[٤]، لأن العلم بالعيب رضا به، ولا يفيد على قوله[٥] في الصحيح[٦]، لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع[٧].

قال[٨]: ومن باع عبداً و شرط البراءة من كل عيب[٩]، فليس له[١٠] أن يرده بعيب، وإن لم يسمِّ العيوب بعددها. وقال الشافعي لا يصح[١١] البراءة[١٢]، بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا يصح. هو يقول: إن في الإبراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد[١٣]، وتمليك المجهول لا يصح. ولنا[١٤]: أن الجهالة في الإسقاط لا تفضى إلى المنازعة، وإن[١٥] كان[١٦] في ضمنه التمليك لعدم الحاجة إلى

الرجوع بنقصان العيب، إذ بالبيع يلزم الحبس. (مل)

(١) ولا رجوع في العيب.

(٢) محمد.

(٣) أي الجامع الصغير. (ن)

(٤) وهو أن هذا يجرى مجرى العيب عندهما.

(٥) وهو أنه بمنزلة الاستحقاق.

(٦) قوله: "في الصحيح" وفي الرواية الأخرى لا يرجع، لأن حل الدم كالاستحقاق من وجه، وكالعيب من وجه حتى لا يمنع صحة البيع، فلشبهه بالاستحقاق يرجع عند الجهل، ولشبهه بالعيب لا يرجع عند العلم، لأنه إنما جعل كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشترى، وقد اندفع حين علم. (ن)

(٧) قوله: "لأن العلم بالاستحقاق إلخ" قيل: فيه نظر لأنا سلمنا أن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع، لكن لا نسلم أن العلم بالعيب لا يمنع الرجوع، وهذا عيب لأنه موجب لنقصان الثمن، لكنه أجرى مجرى الاستحقاق، ونزل منزلته لا حقيقته، لأن في حقيقته يبطل البيع، ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعاً، سواء كان عالماً بذلك أو جاهلا قبل القبض أو بعده، وههنا لا يبطل البيع.

والجواب: أن قوله: وهذا عيب ممنوع، لأنهم صرحوا بأنه بمنزلة العيب، أو أنه عيب من وجه، وإذا كان كذلك فلا يلزم أن يكون حكمه حكم العيب من كل وجه، وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة، فأجرى مجراه. (عناية)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) علمه البائع أو المشترى، أو لم يعلمه.

(١٠) مشترى.

(١١) فالبيع بشرط البراءة عن كل عيب فاسد، وفي رواية البيع صحيح والشرط باطل. (ع)

(١٢) عن كل عيب ما لم يقل عن عيب، كذا وكذا. (ع)

(١٣) قوله: "حتى يرتد إلخ" أي حتى أن رب الدين لو أبرأ المديون من دينه، فرد المديون إبراءه لم يصح الإبراء. (عيني)

(١٤) قوله: "ولنا إلخ" يعني لنا أن الإبراء إسقاط لا تمليك، لأنه لا يصح تمليك العين بهذا اللفظ، ويصح الإبراء بـ"أسقطت عنك ديني"، والجهالة إلخ. (ع)

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) جواب عن قوله: يرتد إلخ.

التسليم[١]، فلا تكون مفسدة، ويدخل في هذه البراءة[٢] العيب الموجود[٣]، والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف، وقال محمد: لا يدخل فيه الحادث[٤]، وهو قول زفر، لأن البراءة تتناول الثابت[٥]، ولأبي يوسف أن الغرض[٦] إلزام العقد[٧] بإسقاط حقه[٨] عن صفة السلامة[٩]، وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث.

باب البيع الفاسد[١٠]

وإذا كان أحد العوضين[١١]، أو كلاهما محرمًا[١٢]، فالبيع فاسد، كالبيع بالميتة، والدم، والخمر، والخنزير، كذا إذا كان غير مملوك كالحر، قال العبد الضعيف: هذه

---

(١) الواجب بالعقد. (عناية)

(٢) قوله: "في هذه البراءة" إنما قال: هذه البراءة احتراز عن البراءة التي شرطها البائع في قوله: بعته على أنه بريء من كل عيب به فإنه لا يبرأ عن الحادث بالإجماع، لأنه لما قال: به اقتصر على الموجود. (عيني)

(٣) قوله: "الموجود والحادث [وقت العقد] إلخ" فإن قيل: لو باع بشرط البراءة من كل عيب يحدث يفسد بالإجماع، والذي يفسد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة. قيل: في "الذخيرة": إذا باع كذلك يصح عند أبي يوسف، خلافًا لمحمد، وفي "المبسوط" لا رواية عن أبي يوسف، وقيل: ذلك صحيح عنده. ولئن سلمنا فظاهر لفظه يتناول الموجود، ثم يدخل ما يحدث قبل القبض تبعًا، وقد يدخل تبعًا ما لا يجوز أن يكون مقصودًا. (نهاية)

(٤) قبل القبض.

(٥) قوله: "تتناول الثابت" أي حال البراءة، لأن ما يحدث مجهول لا يعلم أيحدث أم لا؟ وأي مقدار يحدث؟ (ف)

(٦) قوله: "أن الغرض إلخ" والجواب عن قول محمد أن ما يحدث مجهول، أن مثله من الجهالة غير مانع في الإسقاط، كما تقدم. (ف)

(٧) من الإبراء.

(٨) المشتري.

(٩) أي سلامة المبيع.

(١٠) قوله: "باب البيع الفاسد" لما فرغ عن بيان نوعي البيع الصحيح، أي اللازم وغير اللازم شرع في بيان الفاسد، ولكون الصحيح أصلا قدمه، وإنما لقب الباب بالفاسد مع أن فيه بيان الباطل، والموقوف، والمكروه أيضًا لكثرة البيع الفاسد بتعدد وقوع أسبابه. والباطل ما لا يصح أصلا ووصفًا، ولا يفيد الملك بوجه حتى لو اشترى عبدًا بميتة، وقبضه، وأعتقه لا يعتق. والفاسد ما يصح أصلا لا وصفًا، وهو يفيد الملك عند اتصال القبض به حتى لو اشترى عبدًا بخمر، وقبضه، فأعتقه يعتق، ألا ترى أن الجوهر إذا تغير وأصفر يقال: فسد، وإن لم يبق صالحًا لشيء يقال: بطل.
والموقوف ما يصح أصلا ووصفًا، ويفيد الملك على سبيل التوقف لتعلق حق الغير، كبيع عبد الغير بغير إذنه.
والمكروه ما يصح أصلا ووصفًا، وقد جاوره منهي عنه كالبيع عند أذان الجمعة، كذا في "الدرر شرح الغرر".
فكل ما أورث خللا في ركنه فهو باطل، وكل ما ليس كذلك بل أورث خللا في غيره كالتسليم والتسلم الواجبين بالعقد، وكالانتفاع المقصود بالعقد، وكالإطلاق عن شرط لا يقتضيه العقد وغير ذلك فهو فاسد. (عبد الحليم)

(١١) المبيع والثمن، إنما قال: أحد العوضين مع أن الثاني معوض تغليبًا.

(١٢) بنص، أو إجماع.

فصول[١] جمعها[٢]، وفيها تفصيل نبينه إن شاء الله تعالى.

فنقول: البيع[٣] بالميتة[٤] والدم باطل، وكذا بالحر لانعدام ركن البيع، وهو مبادلة[٥] المال بالمال، فإن هذه الأشياء لا تعد مالا[٦] عند أحد[٧]، والبيع بالخمر والخنزير فاسد؛ لوجود حقيقة البيع، وهو مبادلة المال بالمال، فإنه مال عند البعض[٨]، والباطل لا يفيد ملك التصرف[٩]، ولو هلك المبيع في يد المشترى فيه يكون أمانة[١٠] عند بعض المشايخ[١١]؛ لأن العقد غير معتبر[١٢]، فبقى القبض بإذن المالك[١٣]، وعند البعض[١٤] يكون مضمونًا، لأنه لا يكون[١٥] أدنى حالا من المقبوض[١٦] على سوم الشراء[١٧].

---

(١) مسائل.

(٢) القدورى. (ك)

(٣) قوله: "البيع إلخ" البيع –محلّى باللام– فكان متناولا لجميع البياعات من المسلم والكافر، وبيع المنخنقة والموقوذة جائز عند أهل الكفر وإن كانت ميتة، فإنها عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا، ولما بطل عند جعلها ثمنا لأن يبطل بجعلها مبيعًا أولى. (نهاية)

(٤) لغةً: وهى التى ماتت حتف أنفها. (عناية)

(٥) قوله: "مبادلة المال إلخ" أى بطريق الاكتساب لئلا ينقض بالهبة بعوض، فإنه ليس بيع مطلق، حتى لا يملكه المأذون، والأب، والوصى. (نهاية)

(٦) المال ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة.

(٧) قوله: "عند أحد" أى ممن له دين سماوى، وهذا لأن صفة المالية للشيء بتمول كل الناس، أو بتمول البعض إياه، والقيمة إنما تثبت بإباحة الانتفاع به شرعًا؛ وقد تثبت صفة التقوم بدون صفة المالية، فإن حبة من الحنطة ليست بمال، حتى لا يصح بيعها، وإن أبيح الانتفاع بها شرعًا لعدم تمول الناس إياه. (ك)

(٨) قوله: "فإنه مال عند البعض" أى الخنزير مال عند البعض، والخمر مال مطلقًا –أى عندنا أيضًا– أو أراد أن كل واحد منهما مال متقوم عند البعض، أى عند أهل الذمة. (ك)

(٩) ولا ملك الرقبة. (ع)

(١٠) وليس بمضمون.

(١١) أبو نصر أحمد بن على أستاذ خواهر زادة، وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة. (ك)

(١٢) لكونه باطلا.

(١٣) فيكون أمانة. (ع)

(١٤) شمس الأئمة السرخسى، هو رواية ابن سماعة عن محمد.

(١٥) قوله: "لا يكون أدنى حالا" بل هو أقوى حالا منه، لأن ثمه لم يوجد صورة الشراء، ولكنه قبض على سوم الشراء، وههنا قبض بعد صورة الشراء، فأولى أن يكون مضمونًا. (مل)

(١٦) وهذا مضمون، فكذا ذلك.

(١٧) قوله: على سوم الشراء [سمت بالسلعة: بها كردم متاع را. من] وهو أن يسمى الثمن، فيقول: اذهب بهذا، فإن رضيته اشتريته بعشرة، وأما إذا لم يسم الثمن، فهلك عنده لم يضمن نص عليه الفقيه أبو الليث فى "العيون"، قيل:

وقيل[(١)]: الأول قول أبى حنيفة، والثانى قولهما[(٢)]، كما فى بيع أم الولد والمدبر على ما نبينه[(٣)] إن شاء الله تعالى. والفاسد[(٤)] يفيد الملك[(٥)] عند اتصال القبض به، ويكون المبيع مضمونًا[(٦)] فى يد المشترى فيه، وفيه[(٧)] خلاف الشافعى، وسنبينه بعد هذا إن شاء الله تعالى[(٨)]، وكذا[(٩)] بيع الميتة، والدم، والحر باطل؛ لأنها ليست أموالا، فلا تكون محلا للبيع، وأما بيع الخمر والخنزير إن كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير[(١٠)]، فالبيع باطل[(١١)]، وإن كان قوبل بعين[(١٢)]، فالبيع فاسد حتى يملك[(١٣)] ما يقابله وإن[(١٤)] كان لا يملك عين الخمر والخنزير.

ووجه الفرق[(١٥)]: أن الخمر مال، وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة، إلا أنه غير متقوم[(١٦)]؛ لما أن الشرع أمر[(١٧)] بإهانته، وترك إعزازه، وفى تملكه بالعقد مقصودًا[(١٨)]

وعليه الفتوى. (ع)

(١) القائل محمد بن سلمة البلخى. (عناية)

(٢) يعنى إذا هلك عند المشترى فهو على هذا الخلاف.

(٣) هو قوله: وإذا ماتت إلخ.

(٤) قوله: "والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به" أى إذا كان القبض بإذن المالك باتفاق الروايات، أما إذا قبضه بعد الافتراق من المجلس بغير إذن البائع ذكر فى المأذون أنه لا يملك. قالوا: ذلك محمول على ما إذا كان الثمن شيئًا لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير، أما إذا كان شيئًا يملكه فقبض الثمن منه يكون إذنًا بالقبض. (عناية)

(٥) قوله: "يفيد الملك" عند مشايخ بلخ، الفاسد يفيد ملك العين، وعند مشايخ العراق يفيد ملك التصرف، لا ملك العين، ولهذا لا يجوز للمشترى أن يطأ جارية اشتراها بشراء فاسد، ولا شفعة فى الدار المشتراة به، ولا يحل أكل طعام اشتراه به. وأما مشايخ بلخ فقالوا: إن جواز التصرف له بناء على ملك العين، وهو الأصح، وإنما لم يحل وطئ الجارية المشتراة بشراء فاسد لأن فى الاشتغال بالوطئ إعراضًا عن الرد. وقال الإمام الحلوانى: يكره الوطئ، ولا يحرم، كذا فى اليتيمة، ولم يثبت الشفعة لأن فى قضاء القاضى بالشفعة تأكيد الفساد، وتقريره: ولا يحل أكله لما فيه من الإعراض عن الرد. (ك)

(٦) بالقيمة أو بالمثل.

(٧) أى فى كونه مضمونًا فى البيع الفاسد.

(٨) فى أول الفصل الذى يلى هذا الباب. (عناية)

(٩) يعنى كما أن البيع بهذه الأشياء باطل، فكذا بيع هذه الأشياء.

(١٠) قوله: "كالدراهم والدنانير إلخ" فسر الدين بهما لأنهما أثمان أبدًا، لأنهما خلقتا فى الأصل ثمن الأشياء وقيمتها، قال الله تعالى: ﴿وشروه بثمن بخس دراهم معدودة﴾، فسر الثمن بالدراهم. (ك)

(١١) لا يفيد ملك الخمر ولا ما يقابلها. (ع)

(١٢) معين كالثوب.

(١٣) ثوب بالقيمة.

(١٤) الواو وصلية.

(١٥) بين الصورتين. (ع)

(١٦) أى غير منتفع به شرعًا.

إعزاز له[١]، وهذا[٢] لأنه متى اشتراهما[٣] بالدراهم[٤] فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة[٥] لما أنها تجب في الذمة[٦]، وإنما المقصود[٧] الخمر، فسقط[٨] التقوم أصلا، بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر؛ لأن مشترى الثوب إنما يقصد تملك الثوب بالخمر[٩]، وفيه[١٠] إعزاز الثوب دون الخمر، فبقى[١١] ذكر الخمر معتبرًا فى تملك الثوب، لا فى حق نفس الخمر، حتى فسدت التسمية[١٢]، ووجبت قيمة الثوب دون الخمر، وكذا إذا باع الخمر بالثوب[١٣]؛ لأنه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة[١٤].

---

(١٧) بقوله تعالى: ﴿فاجتنبوه﴾.

(١٨) أى بجعله مبيعًا. (ع)

(١) وهو خلاف المأمور به. (عناية)

(٢) أى الإعزاز.

(٣) المشترى.

(٤) أو الدنانير.

(٥) أى إلى تحصيل الخمر أو الخنزير.

(٦) وما يجب فى الذمة غير مقصود.

(٧) قوله: "وإنما المقصود الخمر" وفى جعله كذلك خلاف المأمور به، فسقط التقوم أصلا، لئلا يفضى إلى خلاف المأمور به، وحينئذ يكون البيع باطلا. (ع)

(٨) قوله: "فسقط التقوم أصلا" أى لم يظهر حكم التقوم فى نفسه، ولا فيما يقابله من الدراهم والدنانير، لأن الثمن يثبت فى الذمة بالعقد، وثبوته بالذمة إنما يكون حكمًا لتملكه بمقابلة تملك مال آخر، فإذا لم يوجد ذلك لا يثبت فى الذمة، فلا يثبت فيه الملك لاستحالة ثبوت الملك فى المعدوم، فيبطل العقد أصلا، وإن كان قوبل لعين ظهر حكم التقوم فى حق تملك العين، فصار العقد منعقدًا فى حق العين، ولم يصح تسميته الخمر فى نفسه، فيكون العقد واقعًا بقيمة العين، لأنه لا يملكه مجانًا بل بعوض، وقد تعذر مقابلته بذلك العوض، إذ لا قيمة لذلك العوض، فيصار إلى قيمة هذا العوض ضرورة، والعقد الصحيح يقع مضمونًا بالقيمة، وكذلك القبض بحق العقد. (ك)

(٩) بجعل الخمر وسيلةً وثمنًا.

(١٠) أى فى هذا القصد.

(١١) قوله: "فبقى ذكر إلخ" فلم يكن ذكر الخمر لنفسها بل لغيرها، وليس فى ذلك إعزازها، ولا خلاف ما أمر به، فلا يكون باطلا. (عناية)

(١٢) أى تسمية الخمر.

(١٣) قوله: "إذا باع الخمر بالثوب إلخ" يكون البيع فاسدًا وإن وقع الخمر مبيعا والثوب ثمنا بدخول الباء، لكونه مقايضة، وفيها كل من العوضين يكون ثمنًا أو مثمنًا، فلما كان فى الخمر جهة الثمنية رجح جانب الفساد على البطلان صونًا للتصرف عن البطلان بقدر الإمكان. (عناية)

(١٤) قوله: "لكونه مقايضة" المقايضة: بيع العرض بالعرض، سمى بها لتساوى العوضين فى العينية، يقال: هما قيضان أى متساويان. (ك)

قوله: "لكونه مقايضة" المقايضة عوض دادن، ومبادله نمودن، ومعاوضه كرن متاع با يكديگر. (من)

قال[١]: وبيع أم الولد، والمدبر، والمكاتب فاسد، ومعناه[٢] باطل[٣]، لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد لقوله عليه السلام: «أعتقها[٤] ولدها»*، وسبب الحرية[٥] انعقد فى حق المدبر فى الحال لبطلان[٦] الأهلية[٧] بعد الموت، والمكاتب استحق يدًا على نفسه[٨] لازمة فى حق المولى[٩]، ولو ثبت الملك[١٠] بالبيع لبطل[١١] ذلك كله، فلا يجوز، ولو رضى المكاتب بالبيع[١٢] ففيه روايتان، والأظهر[١٣] الجواز، والمراد المدبر المطلق[١٤] دون المقيد، وفى المطلق خلاف

---

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "ومعناه باطل" إنما فسره بذلك لئلا يتوهم أنه يفيد الملك باتصال القبض، والأمر بخلافه، والدليل على ذلك ما ذكره بقوله: لأن استحقاق إلخ، وتحقيقه أن بين استحقاق العتق وثبوت ملك البيع منافاة، لأن استحقاقه عبارة من جهة حرية لا يدخل عليها الإبطال، وثبوت الملك يبطلها، وأحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت بقوله عليه السلام: «أعتقها ولدها»، فينتفى الآخر. لا يقال: هو متروك الظاهر، لأنه يوجب حقيقة العتق، وأنتم لا تحملونه على حقيقته، فلا يصح دليلا، لأن المجاز مراد بالإجماع. (ع)

(٣) قوله: "باطل" لكن ليس كبطلان بيع الحر؛ فإنه باطل ابتداء وبقاء لعدم محليته للبيع أصلا بثبوت حقيقة الحرية، وبيع هؤلاء باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها، ولهذا جاز بيعهم من أنفسهم، فبطل ما قيل: لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحر، فلزم بطلان بيع القن المضموم إليهم فى البيع كالمضموم إلى الحر، وذلك لأنهم دخلوا فى الابتداء فى البيع لكونهم محلا فى الجملة، ثم خرجوا منه لتعلق حقهم، فبقى القن بحصته من الثمن، والبيع بالحصة بقاء جائز كما مر، بخلاف الحر، فإنه لما لم يدخل فى البيع لعدم المحلية لزم البيع بالحصة ابتداء، وأنه باطل. (درر)

(٤) قوله: أعتقها [أى جعلها مستحقة للعتق]" رواه ابن ماجة فى "سننه" فى كتاب الأحكام عن ابن عباس قال: ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، فقال: «أعتقها ولدها». (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١٠، والدراية ج٢ تحت الحديث ٧٦٨ ص١٤٩. (نعيم)

(٥) أى التدبير، والملك والحرية لا يجتمعان، فكذلك سبب الحرية والبيع. (عناية)

(٦) قوله: "لبطلان الأهلية إلخ" يعنى أن سبب الحرية لو لم يكن ثابتًا فى الحال لكان إما غير ثابت مطلقًا، أو ثابتًا بعد الموت، والأول باطل، لأنه يستلزم إهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ، والإعمال أولى، فكذلك الثانى، لأن ما بعد الموت حالة بطلان الأهلية، فمتى قلنا: إنه ينعقد سببًا بعد الموت احتجنا إلى بقاء الأهلية، والموت ينافيها، فدعت الضرورة إلى القول بانعقاد التدبير سببًا فى الحال، وتأخر الحكم إلى ما بعد الموت. (عناية)

(٧) أى أهلية المولى.

(٨) وبين هذا الاستحقاق والبيع منافاة.

(٩) قوله: "لازمة فى حق المولى" لأن المولى لا يملك فسخ الكتابة بدون رضا المكاتب، وإنما قيد بقوله: فى حق المولى؛ لأنها غير لازمة فى حق المكاتب بقدرته على فسخها بتعجيز نفسه. (عناية)

(١٠) أى ملك المشترى.

(١١) قوله: "لبطل ذلك" أى استحقاق أم الولد العتق، وانعقاد سبب الحرية للمدبر فى الحال، واستحقاق المكاتب يدًا على نفسه لازمة فى حق المولى. (عينى)

(١٢) أى ببيع نفسه.

(١٣) قوله: "والأظهر الجواز" لأن عدم الجواز كان لحقه، فلما أسقط حقه برضاه انفسخت الكتابة، وجاز البيع. (عينى)

الشافعي[١]، وقد ذكرناه في العتاق[٢].

قال[٣]: وإن ماتت أم الولد، أو المدبر في يد المشترى فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة، وقالا: عليه قيمتهما، وهو رواية عنه[٤]، لهما: أنه[٥] مقبوض بجهة البيع[٦]، فيكون مضمونًا عليه[٧] كسائر الأموال[٨]، وهذا[٩] لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع، حتى يملك[١٠] ما يضم إليهما فى البيع، بخلاف المكاتب[١١]، لأنه فى يد نفسه، فلا يتحقق فى حقه القبض، وهذا الضمان بالقبض.

وله: أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته فى محل يقبل الحقيقة[١٢]، وهما[١٣] لا يقبلان حقيقة البيع، فصارا كالمكاتب[١٤]، وليس[١٥] دخولهما[١٦] فى البيع فى حق

---

(١٤) قوله: "المدبر المطلق [أى المدبر الذى لا يجوز بيعه]" وهو الذى علق عتقه بالموت من غير تعرض لصفة كقوله: أنت حر بعد موتى، وإن مت فأنت حر دون المقيد أى دون المدبر المقيد مثل قوله: إذا قدمت من سفرى هذا فأنت حر، وإن مت من مرضى هذا فأنت حر، ويباع المدبر المقيد بالإجماع. (عينى)

(١) قوله: "خلاف الشافعي" فإن عنده يجوز بيع المدبر لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم باع المدبر، وجوابه ما روى محمد بن الحسن عن أبى جعفر أن المراد منه المدبر المقيد. (عينى)

(٢) أى فى كتاب العتاق فى باب التدبير.

(٣) أى محمد، كذا قال العينى.

(٤) قوله: "وهو رواية عنه" أى عن أبى حنيفة، وهذا غير ظاهر بن الروايتان عنه فى حق المدبر، روى المعلى عن أبى حنيفة أنه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب، وأما فى حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبى حنيفة أنه لا تضمن بالبيع كما لا تضمن بالغصب، لأنه لا تقوم لماليتها. (ع)

(٥) أى أن كلا من المدبر وأم الولد.

(٦) لأنهما يدخلان تحت العقد.

(٧) بالقيمة.

(٨) المقبوضة على سوم الشراء.

(٩) أى كونهما مقبوضين بجهة البيع.

(١٠) قوله: "حتى يملك" كالقن مع المدبر أو أم الولد، فإن سمى الثمن صح البيع فى القن بحصته من الثمن. (مل)

(١١) قوله: "بخلاف المكاتب إلخ" جواب عما يقال: لو كان الدخول تحت البيع، وتملك ما يضم إليه موجبين للضمان لكان فى المكاتب كذلك. (عينى)

(١٢) أى حقيقة البيع الفاسد، وهو ثبوت الملك عند اتصال القبض. (كافى)

(١٣) أى المدبر وأم الولد.

(١٤) فى كونه غير قابل لحقيقته.

(١٥) جواب عن قولهما: يدخلان فى البيع إلخ.

(١٦) قوله: "وليس دخولهما فى البيع فى حق أنفسهما" لأنهما ليسا بمحل للبيع، فلا يفيد دخولهما فى البيع فى حق أنفسهما، وإنما ذلك ليثبت الحكم فى المضموم إليه، فإن قيل: ينبغى أن يكون فى ضم الحر إلى العبد هكذا. قلنا: الحر ليس بمال، فلا يمكن دخوله فى البيع، أما المدبر و أم الولد فمال، وإنما امتنع البيع لتضمينه بطلان حق الحرية. (ك)

أنفسهما، وإنما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما، فصار كمال المشترى لا يدخل[١] فى حكم عقده بانفراده، وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه[٢] إليه، كذا هذا[٣]. قال[٤]: ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد؛ لأنه باع ما لا يملكه، ولا[٥] فى حظيرة[٦] إذا كان[٧] لا يؤخذ إلا بصيد؛ لأنه غير مقدور التسليم، ومعناه[٨]: إذا أخذه[٩] ثم ألقاه فيها[١٠]، ولو كان يؤخذ[١١] من غير حيلة جاز[١٢] إلا إذا اجتمعت[١٣] فيها[١٤] بأنفسها[١٥]، ولم يسد[١٦] عليها المدخل[١٧] لعدم الملك[١٨].

قال[١٩]: ولا بيع الطير فى الهواء[٢٠]؛ لأنه غير مملوك قبل الأخذ، وكذا لو

(١) قوله: "لا يدخل إلخ" يعنى إذا باع عبداً مع عبد المشترى يقسم الثمن على قيمتهما، فيأخذ بحصته من الثمن، وهو الأصح. وقال فى "التتمة": إذا جمع بين ماله ومال غيره، وبايع من ذلك الغير صفقة واحدة لا يجوز أصلا، هكذا فى بعض المواضع. (نهاية)

(٢) أى البائع.

(٣) قوله: "كذا هذا" أى كذلك الحكم فيما نحن فيه، يعنى يثبت حكم الدخول فى البيع فى حق المضموم إليه، وهو القن، لا فى حكم أم الولد والمدبر. (عينى)

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) أى لا يجوز بيع السمك فى الحظيرة.

(٦) قوله: "حظيرة" جائيكه خرما خشك كنند، ومحوطه از چوب ولى، وجائيست كه از براى حيوانات سازند. (م)

(٧) بأن كانت الحظيرة كبيرة.

(٨) أى معنى قوله: ولا فى حظيرة.

(٩) قوله: "إذا أخذه [سمك] إلخ" فحينئذ كان ملكاً له، فباع ما يملكه، لكنه غير مقدور التسليم. (مل)

(١٠) حظيرة.

(١١) بأن كانت صغيرة. (زيلعى)

(١٢) قوله: "جاز" لأنه ملكه، ومقدور التسليم، ويثبت للمشترى خيار الرؤية، ولا يعتد برؤيته فى الماء، لأنه يتفاوت فى الماء وخارجه. (زيلعى)

(١٣) قوله: "إلا إذا إلخ" استثناء منقطع، فإن المستثنى منه المأخوذ الملقى فى الحظيرة، والمجتمع بنفسه ليس بداخل فيه. (ع)

(١٤) حظيرة.

(١٥) من غير اصطياد.

(١٦) قوله: "ولم يسد إلخ" وقيد به لأنه لو سد موضع الدخول حتى صار بحيث لا يقدر على الخروج، فقد صار أخذاً له بمنزلة ما لو وقع فى شبكة، فيجوز بيعه. (عينى)

(١٧) أى موضع دخول الماء. (عينى)

(١٨) قوله: "لعدم الملك [فلا يصح بيعه]" أى لم يملكها صاحب الأرض بمجرد الاجتماع فى ملكه، ألا ترى أنه لو باض الطير فيها، أو فرخت لم يملكه لعدم الإحراز، فههنا أولى. (نهاية)

(١٩) أى القدورى (عينى)

(٢٠) قوله: "ولا بيع إلخ" هذا إذا كان يطير ولا يرجع، ولو كان له وكر عنده يطير منه فى الهواء، ثم يعود إليه

أرسله[١] من يده؛ لأنه[٢] غير مقدور التسليم، ولا بيع[٣] الحمل[٤] ولا النتاج[٥]؛ لنهى[٦] النبى عليه السلام* عن بيع الحبل وحبل الحبلة[٧]، ولأن فيه غرراً[٨].

قال[٩]: ولا اللبن[١٠] فى الضرع[١١]؛ للغرر[١٢]، فعساه انتفاخ[١٣]، ولأنه ينازع[١٤] فى كيفية الحلب[١٥]، وربما[١٦] يزداد فيختلط المبيع بغيره.

قال[١٧]: ولا الصوف[١٨] على ظهر الغنم؛ لأنه من أوصاف الحيوان[١٩]، ولأنه

جاز؛ لأنه يمكن أخذه من غير حيلة، وعلى هذا لو باع صيداً قبل أخذه لا يجوز، وبعده يجوز إن كان فى يده، أو محبوساً فى مكان يمكن أخذه من غير حيلة، وإن لم يمكن إلا بها لا يجوز. (زيلعى)

(١) قوله: "لو أرسله" أى كان الطير لأحد، وأرسله من يده وانفلت منه.

(٢) قوله: "لأنه غير إلخ" والحمام إذا علم عددها، وأمكن تسليمها جاز بيعها، لأنها مال مقدور التسليم. (درر)

(٣) قوله: "ولا بيع إلخ" الحمل ما فى البطن، والنتاج ما يحمل هذا الحمل، وهو المراد من حبل الحبلة فى الحديث، وقد كانوا يعتادون ذلك فى الجاهلية، فأبطل ذلك بالنهى. (ك)

(٤) الجنين.

(٥) قوله: "ولا النتاج" هو فى الأصل مصدر، نتجت الناقة بالضم، ولكن أريد به المنتوج ههنا، والحبل مصدر حبلت المرأة حبلة، فهى حبلى. (ع)

(٦) قوله: "لنهى النبى عليه الصلاة والسلام إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، وروى عبد الرزاق فى "مصنفه" عن ابن عمر رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «نهى عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة»، قال: والمضامين ما فى أصلاب الإبل، والملاقيح ما فى بطونها، وحبل الحبلة ولد ولد هذه الناقة، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١٠، والدراية ج٢، الحديث ٧٦٩ص١٤٩. (نعيم)

(٧) قوله: "وحبل إلخ" الحبلة وهو الحبل، وهو مصدر، وسمى به الجنين كما سمى بالحمل، وهو مصدر، وإنما دخلت عليه التاء للإشعار بالأنوثة، معناه أن يبيع ما يحمله الجنين إن كانت أنثى. (زيلعى)

(٨) قوله: "ولأن فيه غرراً" الغرر ما طوى عنك علمه، وذكر فى "المبسوط": الغرر ما يكون مستور العاقبة، وذكر فى "المغرب": نهى عن بيع الغرر، وهو الخطر الذى لا يدرى أ يكون أم لا؟ (ن)

(٩) أى القدورى.

(١٠) قوله: "ولا اللبن [لا كيلا ولا مجازفة. ن]" بالرفع والجر على حذف المضاف، وهو البيع، وكذا فى الصوف. (نهاية)

(١١) بالفتح: پستان. (من)

(١٢) قوله: "للغرر" وقد نهى عنه، فعساه انتفاخ أى فلعل الضرع ينتفخ، فيظن لبناً وهو الغرر. (عينى)

(١٣) من الريح.

(١٤) قوله: "ولأنه ينازع إلخ" فإن المشترى يستقصى فى الحلب، والبائع يطالبه بأن يترك داعية اللبن. (ع)

(١٥) اللبن.

(١٦) قوله: "وربما يزداد" أى ساعة فساعة، والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها عنده، فيختلط المبيع بغير، واختلاط المبيع بما ليس بمبيع من ملك البائع على وجه تعذر تميزه مبطل للبيع. (ع)

(١٧) أى القدورى.

(١٨) صوف -بالضم- پشم گوسفند.

ينبت من أسفل[1]، فيختلط المبيع[2] بغيره بخلاف[3] القوائم[4]، لأنها تزيد من أعلى[5]، وبخلاف القصيل[6]، لأنه يمكن قلعه، والقطع فى الصوف متعين، فيقع التنازع فى موضع القطع، وقد صح «أنه عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم[7] وعن لبن فى ضرع وسمن فى لبن[8]»*، وهو[9] حجة[10] على أبى يوسف فى هذا الصوف[11]، حيث جوز بيعه[12] فيما يُروى عنه.

قال[13]: وجذع[14] فى السقف، وذراع من ثوب[15] ذكرا القطع[16] أو لم

---

(١٩) قوله: "لأنه من أوصاف الحيوان [أى قبل الجز فهو تابع ليس بمال متقوم]" جعل الصوف وصفًا لأنه تبع للحيوان، فلما كان تبعًا له لم يجز جعله مقصودًا بإيراد العقد عليه. (عينى)

(١) بالضم: لُلبناء. (ك)

(٢) والاختلاط مبطل للبيع.

(٣) قوله: "بخلاف القوائم" فإنها عين مال مقصود من وجه. (ن)

(٤) شاخهاى درخت أى قوائم الخلاف. (فتح القدير)

(٥) قوله: "لأنها تزيد إلخ" جواب عما يقال القوائم متصلة بالشجر، وجاز بيعها، وحاصل الجواب أنها تزيد من أعلاها، فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خيطًا فى أعلاها، وتركت أياما يبقى الخيط أسفل مما فى رأسها الآن، دالا على ملك المشترى، وما وقع من الزيادة وقع فى ملكه، أما الصوف فإن نموه من أسفله، فإذا خضب الصوف على ظهر الشاة ثم ترك حتى نما فالمخضوب يبقى على رأسه لا فى أصله. (ع)

(٦) قوله: "وبخلاف القصيل [كشت سبز، آنچه سبز بريده شود از كشت. من] إلخ" جواب عما يقال: القصيل كالصوف، وجاز بيعه، فأجاب بأن بيع القصيل يجوز لأنه يمكن قلعه، وإن أمكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القلع، فيقلع، والقطع فى الصوف متعين معتاد بين الناس والقلع فيه، وهو نتفه ليس بمعهود بين الناس، فيقع المنازعة فى موضع القطع، فلا يجوز لجهالة موضع القطع. (عينى)

(٧) قوله: "نهى عن بيع إلخ" قلت: روى مسندًا ومرسلا، روى الطبرانى فى "معجمه" عن ابن عباس قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أن يباع ثمرة حتى تطعم ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن فى ضرع» انتهى، وروى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" بسنده عن عكرمة عن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «أنه نهى أن يباع لبن فى ضرع أو سمن فى لبن» انتهى. (ت)

(٨) المراد لبن فى غير ضرع. (س)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١١، والدراية ج٢، الحديث ٧٧٠ص١٤٩. (نعيم)

(٩) الحديث.

(١٠) فإن القياس فى مقابلة النص لا يجوز.

(١١) قوله: "فى هذا الصوف [أى الصوف على ظهر الغنم. ك]" احتراز عن الصوف المجذوذ، فإنه يجوز بيعه على جميع الروايات. (عينى)

(١٢) قوله: "حيث جوز بيعه" لأنه مال متقوم منتفع به مقدور التسليم، بخلاف أطراف الحيوان، لأنه لا ينتفع بها إلا بعد الذبح، فصار ماليته متعلقة بفعل شرعى، فلم يوجد قبله. (زيلعى)

(١٣) أى القدورى فى "مختصره". (عينى)

(١٤) بالكسر تنه خرما وجزآن.

يذكراه، لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر[١]، بخلاف ما إذا باع عشرة دراهم من نقرة[٢] فضة[٣]، لأنه لا ضرر في تبعيضه، ولو لم يكن[٤] معينًا لا يجوز لما ذكرنا[٥]، وللجهالة[٦] أيضًا. ولو قطع البائع الذراع، أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري[٧] يعود صحيحًا؛ لزوال المفسد[٨]، بخلاف ما إذا باع النوى[٩] في التمر، أو البذر[١٠] في البطيخ[١١]، حيث لا يكون صحيحًا، وإن[١٢] شقهما وأخرج المبيع؛ لأن في وجودهما[١٣] احتمالا[١٤]، أما الجذع[١٥] فعين موجود[١٦].

---

(١٥) يعني ثوب يضره التبعيض كالقميص لا الكرباس. (ع)

(١٦) قوله: "ذكرا القطع" أي ذكرا موضع القطع من الثوب، أو لم يذكراه.

(١) قوله: "إلا بضرر" أي بضرر لم يوجبه العقد، ومثله لا يكون لازما، فيتمكن من الرجوع، ويتحقق المنازعة، وبهذا التقرير يندفع ما يقال: إن هذا الضرر مرضي به، فينبغي أن لا يكون مفسدًا. (درر)

(٢) پاره از زرو سيم گداخته. (من)

(٣) سيم. (من)

(٤) الجذع والذرع.

(٥) وهو أنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر.

(٦) في المبيع.

(٧) البيع.

(٨) وهو الضرر. (ع)

(٩) تخم خرما.

(١٠) تخم.

(١١) خربزه.

(١٢) الواو وصلية.

(١٣) في زمان البيع.

(١٤) قوله: "احتمالا" لأنه شيء مغيب في غلافه، فلا يجوز بيعه. فإن قيل: بيع الحنطة في سنبلها، وأمثالها بيع ما في وجوده احتمال، لأنه شيء مغيب، وهو في غلافه، وهو جائز، أجيب عنه بأن جوازه باعتبار صحة إطلاق اسم المبيع عليه، وعلى ما يتصل به، فإن الحنطة إذا بيعت في سنبلها إنما يقال: بعت هذا الحنطة، فالمذكور صريحًا هو المعقود عليه، فيصح العقد إعمالا لتصحيح لفظه. وأما بذر البطيخ ونوى التمر، وحب القطن فاسم المبيع وهو البذر، والنوى، والحب لا يطلق عليه إذ لا يقال: هذا بذر، وهذا نوى، وحب بل يقال: بطيخ، تمر وقطن، فلم يكن المبيع مذكورًا، وما هو المذكور فليس بمبيع. (عناية)

(١٥) قوله: "أما الجذع إلخ" إشارة إلى تمام الفرق بين البذر، والنوى، والجذع المعين في السقف، بأن الجذع معين موجود إذ الفرض فيه والبذر والنوى ليس كذلك. فإن قيل: إذا بيع جلد الشاة الميتة قبل ذبح الشاة، وسلخ جلدها، وسلمه لا ينقلب البيع جائزًا، وإن كان الجلد عينًا موجودًا كالجزع في السقف، وكذا بيع كرشها وأكارعها.

وأجيب: بأن المبيع وإن كان موجودًا فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقة، فكان تابعًا له، فكان العجز عن التسليم هناك معنى أصليًا، لأنه اعتبر عاجزًا حكمًا لما فيه من إفساد شيء غير مستحق بالعقد، وأما الجذع فإنه عين مال في نفسه، وإنما يثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد، والعجز عن التسليم حكمي لما فيه من إفساد بناء غير مستحق

قال[١]: وضربة[٢] القانص[٣]، وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة، لأنه مجهول[٤]، ولأن فيه غرراً[٥].

قال[٦]: وبيع[٧] المزابنة، وهو[٨] بيع الثمر على النخيل بتمر مجذوذ[٩]، مثل[١٠] كيله خرصاً[١١]؛ لأنه عليه السلام[١٢] نهى عن المزابنة[١٣] والمحاقلة، فالمزابنة ما

بالعقد، فإذا قلع والتزم الضرر، وزال المانع فيجوز. (ع)

(١٦) محسوس.

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "وضربة القانص" القانص ضرب الشبكة على الطائر ألقاها عليه، ومنه نهى عن ضربة القانص وهو الصائد، وفى تهذيب الأزهرى عن ضربة الغائص، وهو الغواص على اللآلى، وذلك أن يقول للتاجر: أغوص لك غوصة فما أخرجت، فهو لك بكذا. (ك)

(٣) من قنص إذا صاد.

(٤) لأنه لا يدرى ما الذى يحصل من الضربة.

(٥) لأنه يجوز أن لا يدخل فى الشبكة شيء من الصيد. (ك)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "وبيع المزابنة إلخ" المزابنة لغة المدافعة من الزبن، وهو الدفع، وسمى هذا النوع من البيع بها لأنها تؤدى إلى النزاع والتدافع. (عينى)

(٨) قوله: "وهو بيع الثمر إلخ" الأول بالثاء المنقوطة بالثلاث، والثانى بالتاء المنقوطة باثنين، كذا وجدت بخط شيخى، ولأن أعلى النخيل لا يسمى تمراً وإنما التمر المجذوذ، وأما الثمر فعام. (نهاية)

(٩) مقطوع.

(١٠) حال.

(١١) قوله: "خرصاً [تمييز، خرص بالفتح تخمين وگمان سخن گفتن. من]" أى من حيث الظن، لا من حيث الكيل الحقيقى، أو الوزن الحقيقى لأنه لو وجد الكيل الحقيقى فى البدلين لم يبق الثمر على رؤوس النخيل بل يكون تمراً مجذوذاً كالذى يقابله من المجذوذ. (نهاية)

(١٢) أخرجه مسلم عن أبى هريرة. (ت)

(١٣) قوله: "نهى عن المزابنة والمحاقلة" أخرجه البخارى ومسلم عن عطاء بن أبى رباح عن جابر ابن عبد الله قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة بيع الرطب فى النخل بالتمر كيلا والمحاقلة أن يبيع الزرع القائم بالحب كيلا»، وفى لفظ قال: المحاقلة أن تباع الحقل بكيل من الطعام معلوم، والمزابنة أن يباع النخل أوساقاً من التمر. وأخرج البخارى ومسلم عن أبى سعيد الخدرى قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمحاقلة والمزابنة اشتراء الثمر فى رؤوس النخل والمحاقلة كراء الأرض». وأخرج البخارى عن ابن عباس قال: «نهى النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن المحاقلة والمزابنة»، وأخرج البخارى عن انس قال: «نهى النبى ﷺ عن المحاقلة والملامسة والمنابذة والمزابنة». وأخرج مسلم عن أبى هريرة أن النبى عليه السلام نهى عن المزابنة والمحاقلة، وأما الرخصة فى العرايا، فأخرجا فى الصحيحين عن داود بن الحصين عن أبى سفيان عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ رخص فى بيع العرايا بخرصها فى ما دون خمسة أوسق، أو فى خمسة أوسق، شك داود. وأخرج مسلم عن سهل بن أبى حثمة أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر، وقال: ذلك الربا، تلك المزابنة، إلا أنه رخص فى بيع العرية، النخلة والنخلتين يأخذها أهل البيت بخرصها كيلا.

وأخرجا فى "الصحيحين" عن ابن عمر عن زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ رخص فى بيع العرايا أن يباع بخرصها،

ذكرنا*، والمحاقلة بيع الحنطة فى سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصًا[٢]، ولأنه باع مكيلا بمكيل من جنسه، فلا يجوز بطريق الخرص[٣]، كما إذا كانا موضوعين على الأرض[٤]، وكذا[٥] العنب[٦] بالزبيب[٧] على هذا. وقال الشافعى: يجوز[٨] فيما[٩] دون خمسة أوسق[١٠]، لأنه عليه السلام نهى[١١] عن المزابنة، ورخص فى العرايا[١٢]، وهو[١٣] أن يباع بخرصها تمرًا فيما دون خمسة أوسق. قلنا[١٤]: العرية العطية[١٥] لغةً، وتأويله[١٦]: أن يبيع[١٧] المعرى له[١٨] ما على النخيل من المعرى[١٩]

وفى لفظ رخص فى العرية أن يؤخذ بمثل خرصها تمر يأكلها أهلها رطبًا، قال صاحب "التنقيح": قد وافقنا الشافعى فى صحة بيع العرايا، إلا أنه خالفنا فى إباحتها من ضرورة. (تخريج الزيلعى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٢، والدراية ج٢، الحديث ٧٧١ ص١٥٠. (نعيم)

(٢) هذا المعنى للمحاقلة مذكور فى الفائق.

(٣) لاحتمال الربا.

(٤) وبيع أحدهما بالآخر خرصًا لا يجوز.

(٥) قوله: "وكذا العنب إلخ" أى لو باع مكيلا من العنب بمكيل من الزبيب لا يجوز بطريق الخرص. (مل)

(٦) انگور تر.

(٧) انگور خشک مويز.

(٨) أى شراء التمر بتمر مجذوذ على الأرض خرصًا.

(٩) قوله: "يجوز فيما دون إلخ" ولا يجوز عنده فيما زاد على خمسة أوسق، وله فى مقدار خمسة أوسق قولان. (ك)

(١٠) قوله: "أوسق" جمع وسق –بفتح الواو– وهو ستون صاعًا، وهو ثلاث مائة وعشرون رطلا عند أهل الحجاز، وأربع مائة وثمانون رطلا عند أهل العراق على اختلافهم فى مقدار الصاع. (عينى)

(١١) قوله: "نهى عن إلخ" قلت: النهى عن المزابنة تقدم، وأما العرايا فأخرج فى الصحيحين عن داود ابن الحصين عن أبى سفيان عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم رخص فى بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق، أو فى خمسة أوسق، شك داود، قال دون خمسة أو فى خمسة، انتهى. (ت)

(١٢) أى بيع العرايا.

(١٣) قوله: "وهو أن يباع إلخ" أن يباع مسند إلى ضمير راجع إلى الثمر الذى على رأس النخيل، لأن الكلام فيه، وأنّث ضمير بخرصها على أنه جمع الثمرة، وفى مثله يجوز التذكير والتأنيث. (نهاية)

(١٤) فى الجواب.

(١٥) لا البيع.

(١٦) أى تأويل قوله: ورخص فى العرايا.

(١٧) قوله: "أن يبيع إلخ" معناه: أن يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل، ثم يشق على المعرى دخول المعرى له فى بستانه كل يوم لكون أهله فى البستان، ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع فى الهبة، فيعطيه مكان ذلك تمرًا مجذوذًا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه، ولا يكون مخلفًا لوعده. (ع)

(١٨) موهوب له، أعراه النخلة إعراء داد او را بار يک سال. (من)

(١٩) الواهب.

بتمر مجذوذ، وهو بيع مجازًا، لأنه[(١)] لم يملكه، فيكون[(٢)] برًا[(٣)] مبتدأ.

قال[(٤)]: ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر، والملامسة، والمنابذة، وهذه[(٥)] بيوع كانت في الجاهلية، وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة، أي يتساومان[(٦)]، فإذا لمسها[(٧)] المشتري، أو نبذها[(٨)] إليه البائع، أو وضع المشتري عليها[(٩)] حصاة لزم البيع، فالأول بيع الملامسة، والثاني بيع المنابذة، والثالث إلقاء الحجر، وقد نهى النبي عليه السلام[(١٠)] عن بيع الملامسة والمنابذة*، ولأن فيه[(١١)] تعليقًا بالخطر[(١٢)].

---

(١) قوله: "لأنه لم يملكه إلخ" يعني أن الموهوب لم يصر ملكًا للموهوب له ما دام متصلا بملك الواهب، فما يعطيه الواهب من التمر المجذوذ لا يكون عوضا بل هبة مبتدأة، وسمى بيعًا مجازًا، لأنه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد. واتفق أن ذلك كان فيما دون خمسة أوسق، فظن الراوي أن الرخصة مقصودة على هذا، فنقل كما وقع عنده، وفيه بحث من وجهين، الأول: أنه جاء في حديث زيد بن ثابت «أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن بيع الثمر بالتمر، ورخص في العرايا»، فسياقه يدل على أن المراد بالعرايا بيع ثمر بتمر.

والثاني: أنه جاء في حديث جابر بلفظ الاستثناء: إلا العرايا، والأصل حمل الاستثناء على الحقيقة، والاستثناء من البيع حقيقة بيع لوجوب دخوله في المستثنى منه. والجواب عن الأول: أن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم، وعن الثاني: أنه على ذلك التقدير ينافي قوله عليه السلام المشهور: «التمر بالتمر مثل بمثل» والمشهور قاض عليه. (عناية)

(٢) أي إعطاء المجذوذ.

(٣) بالكسر: نيكوئى وفراخى انسان. (من)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "وهذه بيوع كانت في الجاهلية" أخرج البخاري ومسلم عن أبي سعيد الخدري: «أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن بيعتين ولبستين ونهى عن الملامسة والمنابذة في البيع»، والملامسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار، ولا يقبله إلا بذلك، وأما المنابذة أن ينبذ الرجل إلى الرجل ثوبه وينبذ الآخر إليه ثوبه، ويكون ذلك بيعهما من غير تراض. وأخرجاه أيضًا من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «نهى عن الملامسة والمنابذة»، زاد مسلم أما الملامسة فإن يلمس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل، والمنابذة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى الآخر، وإن لم ينظر أحدهما إلى ثوب صاحبه، وأخرجه البخاري من حديث أنس: «أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة»، وقد تقدم قريبًا. (تخريج الزيلعي)

(٦) قوله: "يتساومان" سام البائع السلعة أي عرضها، وذكر ثمنها، وسامها المشتري بمعنى استامها. (عناية)

(٧) قوله: "فإذا لمسها [السلعة] إلخ" أي إن أحب المشتري الزام البيع لمسها بيده، أو وضع الحجر، فيكون مشتريًا لها رضي مالكها أو لم يرض، وإن أحب مالكها إلزام البيع ينبذها إليه، فيلزمه البيع، وليس له الرد بعد ذلك. (كفاية)

(٨) ألقاها السلعة.

(٩) السلعة.

(١٠) قوله: "وقد نهى النبي عليه السّلام [أخرجه البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة». ت] إلخ" قال الأكمل: وعبارة الكتاب تشير إلى أن المنهي عنه بيع الملامسة والمنابذة، وبيع إلقاء الحجر ملحق بهما، لأنه في معناهما، قلت: قد جاء في حديث أخرجه مسلم والأربعة عن أبي هريرة قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن بيع الغرر وبيع الحصاة»، وما وقف الأكمل على هذا الحديث. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٢، والدراية ج٢، الحديث ٧٧٣ ص١٥٠. (نعيم)

قال[(١)]: ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين[(٢)]؛ لجهالة[(٣)] المبيع، ولو قال[(٤)]: على أنه[(٥)] بالخيار فى أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحسانًا[(٦)]، وقد ذكرناه بفروعه[(٧)].

قال[(٨)]: ولا يجوز بيع المراعى[(٩)]، ولا إجارتها[(١٠)]، والمراد[(١١)] الكلأ[(١٢)]، أما البيع، فلأنه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث[(١٣)]، وأما الإجارة[(١٤)]

---

(١١) أى فى كل واحد من هذه البيوع.

(١٢) قوله: "تعليقًا" أى التمليك بالخطر [أى الشرط والتردد] والتمليكات لا تحتمله لأدائه إلى معنى القمار، لأنه بمنزلة أن يقول البائع للمشترى: أى ثوب ألقيته عليه الحجر فقد بعته، وأى ثوب لمسته بيدك فقد بعته، وأى ثوب نبذته إلى فقد اشتريته. (عناية)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) أو ثلاثة أثواب.

(٣) قوله: "لجهالة المبيع" جهالة تفضى إلى المنازعة لتفاوت الأثواب. (مل)

(٤) البائع.

(٥) المشترى.

(٦) لا قياسًا.

(٧) فى باب خيار الشرط.

(٨) أى محمد. (عينى)

(٩) بالكسر: جمع المرعى اسم محل الرعى.

(١٠) قوله: "ولا إجارتها" ولم يذكر أنها فاسدة، أو باطلة، وذكر فى الشرب فاسدة حتى يملك الأجر بالقبض. (نهاية)

(١١) قوله: "والمراد إلخ" أى المراد بالمرعى الكلأ إطلاقًا لاسم المحل على الحال، وإنما فسر المصنف المرعى بالكلأ لأن لفظ المرعى يقع على موضع الرعى، وهو الأرض، ولو لم يفسر ذلك لتوهم أن بيع الأرض وإجارتها لا يجوز، وهو غير صحيح لأن بيع الأرض وإجارتها صحيح سواء كان فيه الكلأ أو لم يكن. (عينى)

(١٢) بالقصر، أى الكلأ غير المحرز.

(١٣) قوله: "بالحديث" وهو قوله عليه السلام: «الناس شركاء فى الثلاث الماء والكلأ والنار»، والمراد بالماء الذى فى الأنهار والآبار، أما إذا أخذه وجعله فى وعاء فقد أحرزه، فجاز بيعه، وبالكلأ ما نبت فى أرض غير مملوكة وما نبت فى أرض مملوكة بغير إنبات رب الأرض، لأن رب الأرض لا يكون محرزًا له بكونه فى أرضه، وإذا أنبته صاحب الأرض بالسقى والتشربة فى أرضه اختلفت الروايات فيه فإنه ذكر فى "الذخيرة" و"المحيط"، ولو باع حشيشًا فى أرضه إنكان صاحب الأرض هو الذى أنبت بأن سقاها لأجل الحشيش، فنبت بتكلفه جاز لأنه ملكه ألا ترى أنه ليس لأحد أن يأخذه بغير إذنه، وإن نبت بنفسه لا يجوز، لأنه ليس بمملوك له بل هو مباح الأصل ألا ترى أن لكل أحد أن يأخذه.

وفى القدورى: ولا يجوز بيع الكلأ فى أرضه، ولو ساق الماء إلى أرضه، ولحقه مؤنته حتى خرج الكلأ لم يجز بيعه، لأن الشركة فى الكلأ ثابتة بالنص، وإنما ينقطع الشركة بالحيازة، وسوق الماء إلى أرضه ليس بحيازة للكلأ، فبقى الكلأ على الشركة، فلا يجوز. وذكر الحلوانى عن محمد الكلأ ما ليس له ساق وما قام على الساق فليس بكلأ، وكان الفضلى يقول: هو كلأ، ومعنى إثبات الشركة فى النار الانتفاع بضوءها، والاصطلاء بها، وتجفيف الثياب بها، أما إذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك إلا بإذن صاحبها. (ك)

(١٤) أى إجارة الكلأ.

فلأنها عقدت[١] على استهلاك[٢] عين مباح[٣]، ولو عقدت على استهلاك عين مملوك، بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز، فهذا أولى[٤].

قال: ولا يجوز بيع النحل[٥]، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يجوز إذا كان[٦] محرزًا[٧]، وهو قول الشافعي، لأنه حيوان منتفع به حقيقةً[٨] وشرعًا[٩]، فيجوز بيعه وإن[١٠] كان لا يؤكل كالبغل والحمار[١١].

ولهما: أنه من الهوام[١٢]، فلا يجوز بيعه كالزنابير، والانتفاع[١٣] بما يخرج[١٤] منه لا بعينه[١٥]، فلا يكون منتفعًا به[١٦] قبل الخروج، حتى لو باع كوّارةً[١٧] فيها عسل بما فيها من النحل[١٨] يجوز تبعًا له، كذا ذكره[١٩] الكرخي[٢٠].

---

(١) قوله: "فلأنها عقدت إلخ" فعدم جواز الإجارة لمعنيين، وقوعها في غير مملوك، واستهلاك العين. (نهاية)

(٢) قوله: "على استهلاك عين مباح إلخ" والمستحق بالإجارة المنافع دون الأعيان، إلا إذا كانت الأعيان آلة لإقامة العمل المستحق بالإجارة كالصبغ في استجار الصباغ، واللبن في استجار الظئر حيث يجوز لكونه آلة للخضاب الظؤورة. (ك)

(٣) غير مملوك.

(٤) في عدم الجواز.

(٥) مگس شهد.

(٦) مجموعًا. (عناية)

(٧) محفوظًا.

(٨) باستيفاء ما يحدث منه. (ع)

(٩) لعدم ما يمنع عنه شرعًا. (ع)

(١٠) الواو وصلية.

(١١) فإن بيعهما يجوز بالإجماع.

(١٢) جمع هامة، وهي دود الأرض وحشراتها، وهي المخوفة من الأجناس. (ع)

(١٣) قوله: "والانتفاع إلخ" جواب عن قوله: حيوان منتفع به على سبيل المنع. (مل)

(١٤) العسل.

(١٥) قوله: "لا بعينه" احتراز عن المهر والجحش، فإنهما وإن كان لا ينتفع بهما في الحال ولكن ينتفع بهما في المآل بأعيانهما، فيجوز البيع. (ك)

(١٦) فلا يكون مالا.

(١٧) قوله: "كوارة" بالضم والتشديد عن الغوري، وبالكسر والتخفيف عن الأزهري، وقيد بفتح الكاف يعسل النحل إذا سوى من طين. (مل)

قوله: "كوارة" خم مانند يست از شاخ درخت يا از كل درون تهى تنگ سرا براى عسل نهادن زنبوران يا خانه زنبور كه دروى عسل نهد. (من)

(١٨) بيان ما.

(١٩) قوله: "كذا ذكره الكرخي" وذكر في موضع آخر: أن هذا قول القدوري، وقال الكرخي: إنما يدخل الشيء تبعًا إذ: كان من حقوقه كالشرب، وهذا ليس من حقوقه. (نهاية)

ولا يجوز بيع دود القز[١] عند أبى حنيفة ؛ لأنه من الهوام، وعند أبى يوسف يجوز[٢] إذا ظهر فيه القز تبعًا له[٣]، وعند محمد يجوز[٤] كيف ما كان[٥] لكونه منتفعًا به. ولا يجوز[٦] بيع بيضه[٧] عند أبى حنيفة، وعندهما يجوز[٨] لمكان الضرورة، وقيل: أبو يوسف مع أبى حنيفة[٩] كما فى دود القز[١٠]، والحمام[١١] إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها؛ لأنه مال مقدور التسليم.

ولا يجوز بيع الآبق[١٢] ؛ لنهى النبى عليه السلام عنه[١٣]، ولأنه لا يقدر على تسليمه*، إلا أن يبيعه من رجل زعم[١٤] أنه عنده، لأن النهى[١٥] بيع آبق مطلق[١٦]، وهو أن يكون آبقًا فى حق المتعاقدين، وهذا غير آبق فى حق المشترى[١٧]،

---

(٢٠) أبو الحسن، فى "مختصره".

(١) بالفتح وتشديد الزاء: ابريشم خام. (م)

(٢) كبيع النحل مع العسل.

(٣) أى للقز.

(٤) قوله: "يجوز كيف ما كان" وعليه الفتوى اعتبارا للعادة، ففى دود القز مر أبو حنيفة على أصله المذكور فى بيع النحل، وكذا محمد مر على أصله فقال بالجواز فيهما، وأما أبو يوسف ففرق، ففى بيع النحل مع أبى حنيفة، وفى بيع دود القز مع محمد، فقال ما ظهر من القز منتفع به فى المستقبل، فكان بمنزلة المهر، بخلاف النحل. (ك)

(٥) أى سواء كان معه القز أولا.

(٦) قوله: "ولا يجوز إلخ" لما ذكر فى بيع النحل من أنه مما لا ينتفع بعينه بل بما يحدث منه، وهو معدوم فى الحال. (مل)

(٧) هو البذر الذى يكون منه الدود. (ع)

(٨) قال الإمام المحبوبى: وعليه الفتوى، وفى "الذخيرة": فإنه اختيار الصدر الشهيد (ك)

(٩) فى عدم الجواز.

(١٠) إذ لم يظهر فيه القز.

(١١) قوله: "والحمام [كبوتر] إذا علم إلخ" وكان موضع ذكره عند قوله: ولا بيع الطير فى الهواء، وإنما ذكر ههنا اتباعًا لما ذكر الصدر الشهيد فى "شرح الجامع الصغير"، لأنه وضعه ثمة كذلك. (عناية)

(١٢) العبد الآبق.

(١٣) قوله: "لنهى النبى عليه السلام إلخ" قلت: رواه ابن ماجة فى "سننه" عن أبى سعيد الخدرى: «أن النبى ﷺ نهى عن شراء ما فى بطون الأنعام حتى تضع وعن بيع ما فى ضروعها وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة القانص». (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٤، والدراية ج٢، الحديث ٧٧٤ ص١٥٠. (نعيم)

(١٤) قال.

(١٥) فى الحديث.

(١٦) كامل؛ لأن المطلق ينصرف إلى الكامل.

(١٧) لأنه عنده فى زعمه.

ولأنه إذا كان عند المشترى انتفى العجز عن التسليم[(١)]، وهو[(٢)] المانع.

ثم لا يصير[(٣)] قابضًا بمجرد العقد إذا كان فى يده، وكان أشهد عند أخذه[(٤)]، لأنه أمانة[(٥)] عنده، وقبض الأمانة لا ينوب[(٦)] عن قبض البيع، ولو كان لم يشهد[(٧)] يجب[(٨)] أن يصير قابضًا، لأنه[(٩)] قبض غصب، ولو قال: هو عند فلان فبعه منى، فباعه لا يجوز؛ لأنه آبق فى حق المتعاقدين، ولأنه لا يقدر على تسليمه.

ولو باع الآبق، ثم عاد من الإباق لا يتم[(١٠)] ذلك العقد[(١١)]، لأنه وقع باطلا؛ لانعدام[(١٢)] المحلية[(١٣)] كبيع[(١٤)] الطير فى الهواء، وعن أبى حنيفة أنه يتم[(١٥)] العقد[(١٦)] إذا لم يفسخ[(١٧)]، لأن العقد انعقد بقيام المالية[(١٨)]، والمانع[(١٩)] قد ارتفع، وهو العجز

---

(١) إلى المشترى.

(٢) العجز.

(٣) المشترى.

(٤) أى أشهد شاهدين عند الأخذ أنه يأخذه للرد على مولاه.

(٥) قوله: "لأنه أمانة إلخ" ولهذا لو هلك قبل الوصول إلى يد المولى، فهلك الأمانة. (عينى)

(٦) قوله: "لا ينوب إلخ" فإن قبض الأمانة أدنى، لأنه غير مضمون، فلا ينوب عن قبض المبيع وهو أقوى، لأنه مضمون لازم. (ك)

(٧) أى عند الأخذ وأخذه للرد.

(٨) قوله: "يجب أن يصير قابضًا" وهو قول أبى حنيفة ومحمد، وذكر الإمام التمر تاشى: أنه لا يصير قابضا عند أبى يوسف، وقول المصنف يجب أن يصير قابضًا كأنه إشارة إلى أنه يلزم أبا يوسف القول بكونه قابضًا نظرا إلى القاعدة، ولو قبضه لنفسه لا للرد يصير قابضًا عقيب الشراء بالاتفاق. (ع)

(٩) قوله: "لأنه قبض غصب" وهو قبض ضمان، فينوب عن قبض البيع، إذ هو أيضًا قبض ضمان، ألا ترى أن المقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة. (مل)

(١٠) قوله: "لا يتم [ويحتاج إلى بيع جديد. ك] إلخ" لأن شرط جواز العقد وهو القدرة على التسليم كان فائتًا وقت البيع، فلا يجوز وإن وجد بعده. (نهاية)

(١١) فى ظاهر الرواية، وبه أخذ مشايخ بلخ. (ع)

(١٢) قوله: "لانعدام المحلية" لأن المالية فى الآبق تأوية، فهو كالمعدوم حقيقة فى المنع من البيع. فإن قيل: فلم جاز إعتاقه؟ قلنا: الإعتاق إبطال الملك، فلا نسلم تواه بالإباق، وأما البيع فإثبات الملك للمشترى والتوى ينافيه، فلا يثبت. (ك)

(١٣) فإن محل البيع مال مقدور التسليم.

(١٤) قوله: "كبيع" أى باع الطير فى الهواء، ثم أخذه وسلمه فى المجلس. (عناية)

(١٥) قوله: "يتم العقد" فأيهما امتنع من البائع والمشترى يجبر على التسليم والتسلم، ولا يحتاج إلى بيع جديد إلا إذا كان المشترى رفع الأمر إلى القاضى، وطلب التسليم، وظهر عجزه، وفسخ القاضى العقد، ثم ظهر العبد، فحينئذ يحتاج إلى بيع جديد. (نهاية)

(١٦) وبه أخذ الكرخى. (ع)

(١٧) أى القاضى العقد قبل عوده.

عن التسليم كما إذا أبق بعد البيع[1]، وهكذا[2] يروى عن محمد.

قال[3]: ولا بيع لبن امرأة في قدح[4]، وقال الشافعي: يجوز بيعه، لأنه مشروب طاهر[5]، ولنا: أنه[6] جزء الآدمي، وهو بجميع أجزاءه مكرّم[7] مصون[8] عن الابتذال[9] بالبيع، ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والأمة.

وعن أبي يوسف أنه يجوز بيع لبن الأمة، لأنه يجوز إيراد العقد على نفسها[10]، فكذا على جزءها[11]، قلنا: الرق[12] قد حل نفسها[13]، فأما اللبن فلا رق فيه، لأنه يختص بمحل يتحقق فيه القوة[14] التي هي ضده وهو الحي، ولا حياة في اللبن[15].

---

(١٨) في الآبق.

(١٩) قوله: "والمانع [من الجواز] قد ارتفع" فإذا زال صار كأن لم يكن كالراهن يبيع المرهون، ثم يفتكه قبل الخصومة. (نهاية)

(١) قبل القبض.

(٢) أي كما يروى عن أبي حنيفة.

(٣) أي محمد. (عيني)

(٤) قوله: "في قدح" إنما قال: في قدح، لأنه لو لم يذكر القدح لتوهم أنه يجوز بيعه إذا كان في القدح، وإنما لا يجوز بسبب كونه في الثدى كما هو الحكم في ألبان سائر الحيوانات أنه إذا باعه وهو في الضرع لا يجوز، وإذا كان في القدح أو في غيره من الإناء يجوز. (ك)

(٥) قوله: "طاهر" ذكر الطهارة بعد كونه مشروبا احترازاً عن الخمر وعما لا يتقوم في نفسه مع كونه طاهراً كحبات الحنطة لعدم الانتفاع، فإنه لا يجوز بيعها لفوات وصف الطهارة في الخمر، وفوات وصف التقوم في حبات الحنطة. (ن)

(٦) قوله: "أنه جزء الآدمي" فلا يكون مالا، لأن المال هو غير الآدمي خلق لمصلحة الآدمي مما يجرى فيه الشح والضنة، ومحل البيع هو المال حتى لا ينعقد في غيره أصلا، وأما دلالة أن اللبن جزء الآدمي فهو أن الشرع أثبت حرمة الرضاع لمعنى البعضية. فإن قيل: أجزاء الآدمي مضمونة بالإتلاف، فوجب أن يكون اللبن كذلك.

قلنا: أجزاء الآدمي لا تضمن بالاتلاف بل يضمن ما انتقص من الأصل، ألا ترى أن الجرح إذا اتصل به البرء يسقط الضمان، وكذلك السن إذا نبتت، وأما صب اللبن في عين رمدة فعند بعض أصحابنا لا يجوز، وقيل: يجوز إذا علم أنه يزول به، ولا يدل هذا على أنه مال متقوم. (ك)

(٧) وما يرد عليه البيع ليس بمكرم ولا مصون عن الابتذال بالبيع. (عناية)

(٨) محفوظ.

(٩) نگاه داشتن چیزی را. (من)

(١٠) أمة.

(١١) اعتباراً للجزء على الكل. (عناية)

(١٢) قوله: "الرق إلخ" والجواب عن قوله: مشروب طاهر، أن المراد كونه مشروبًا مطلقًا، أو في حال الضرورة، والأول ممنوع، لأنه إذا استغنى عنه حرم شربه، والثاني مسلم، لأنه غذاء عند الضرورة، وليست بمال، فلا يجوز بيعه. (عيني)

(١٣) فنفسها رقيقة يجوز بيعها.

(١٤) أي المعتق.

(١٥) فلا يرد عليه الرق ولا العتق لانتفاء الموضوع. (ع)

قال[١] : ولا يجوز[٢] بيع شعر الخنزير ؛ لأنه نجس العين[٣] ، فلا يجوز بيعه[٤] ، إهانة[٥] له ، ويجوز الانتفاع به[٦] للخرز[٧] للضرورة[٨] فإن ذلك العمل لا يتأتى[٩] بدونه ، ويوجد[١٠] مباح الأصل[١١] ، فلا ضرورة[١٢] إلى البيع ، ولو وقع[١٣] فى الماء القليل[١٤] أفسده عند أبى يوسف ، وعند محمد لا يفسده ، لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهارته[١٥] ، ولأبى يوسف[١٦] أن الإطلاق[١٧] للضرورة ، فلا تظهر[١٨] إلا فى حالة الاستعمال ، وحالة الوقوع[١٩] تغايرها .

ولا يجوز بيع شعور الإنسان[٢٠] ، ولا الانتفاع به[٢١] ؛ لأن الآدمى مكرم لا

---

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٢) باتفاق الأئمة. (عينى)

(٣) فليس بمال. (ع)

(٤) الشعر.

(٥) قوله: "إهانة له" فإن قلت: لم جعل البيع فى لبن الآدمى دليل الإهانة، وههنا دليل الإعزاز؟ قلت: الإعزاز والإهانة يتفاوتان بتفاوت محليهما كالإحراق إهانة فى الآدمى إعزاز فى الحطب. (نهاية)

(٦) الشعر.

(٧) قوله: "للخرز [لا لغيره (ن) خرز بالفتح: دوختن موزه وكفش. م]" بفتح الخاء المعجمة، والراء المهملة وآخره زاء معجمة مصدر خرز الخف وغيره، وهو العمل للخفاف بمنزلة الخياطة للخياط. (مل)

(٨) قوله: "للضرورة" فإن الأساكفة يحتاجون فى خرز النعال والأخفاف إليه. (درر)

(٩) عادة. (كافى)

(١٠) قوله: "ويوجد مباح إلخ" جواب عما يقال: إذا كان يجوز الانتفاع به ينبغى أن يجوز بيعه، وتقرير الجواب: أن شعر الخنزير يوجد مباح الأصل، فلا ضرورة إلى بيعه، وعلى هذا قيل: إذا كان لا يوجد إلا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع. (عينى)

(١١) كالكلأ والماء.

(١٢) قوله: "فلا ضرورة" قال الفقيه أبو الليث: إن كانت الأساكفة لا يجدون شعر الخنزير إلا بالشراء، ينبغى أن يجوز لهم الشراء للضرورة، ولا بأس لهم أن يصلوا معه وإن كان أكثر من قدر الدرهم. (نهاية)

(١٣) الشعر.

(١٤) بأن لم يكن جاريًا ولا عشرًا فى عشر.

(١٥) قوله: "دليل طهارته [والطاهر لا ينجس]" والصحيح قول أبى يوسف؛ لأنه لو كان طاهرًا مباح الانتفاع به يصح بيعه، قياسًا على عامة ما هذا شأنه، وعن بعض السلف أنه كان لا يلبس مكعبًا أو خفًا مخروزًا بشعر الخنزير. (ك)

(١٦) قوله: "ولأبى يوسف إلخ" وكأن المصنف اختار قول أبى يوسف حيث أخره، وقيل: هذا إذا كان منتوفًا، وأما المجزوز فطاهر، كذا فى التمر تاشى وقاضى خان. (عناية)

(١٧) أى إطلاق الانتفاع.

(١٨) ضرورة.

(١٩) فى الماء.

(٢٠) وذكر فخر الإسلام شعر الإنسان طاهر، وهو الصحيح عندنا. (ن)

مبتذل[١]، فلا يجوز أن يكون شيء من أجزاءه مهانًا مبتذلا، وقد قال عليه السلام*: «لعن الله الواصلة والمستوصلة[٢]» الحديث، وإنما يرخص[٣] فيما يتخذ من الوبر[٤] فيزيد في قرون[٥] النساء وذوائبهن[٦].

قال[٧]: ولا بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ[٨]؛ لأنه[٩] غير منتفع به[١٠]، قال عليه السلام**: «لا تنتفعوا من الميتة بإهاب»[١١]، وهو[١٢] اسم لغير المدبوغ[١٣] على ما مر في كتاب الصلاة[١٤]. ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ، لأنها طهرت بالدباغ، وقد ذكرناه في كتاب الصلاة[١٥]، ولا بأس ببيع عظام الميتة، وعصبها[١٦]

---

(٢١) قوله: "ولا الانتفاع إلخ" روى عن محمد أنه يجوز الانتفاع بشعر الآدمي استدلالا بما روى أن النبي عليه السلام حين حلق رأسه قسم شعره بين أصحابه، وكانوا يتبركون به، ولو كان نجسًا لما فعل، فإنه لا يتبرك بالنجس، ألا ترى أن أبا طيبة رضى الله عنه حين شرب دمه على قصد التبرك نهاه أن يعود إلى مثله فى المستقبل. (ك)

(١) ابتذال: نگاه نداشتن چيزى را.

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٥، والدراية ج٢، الحديث ٧٧٥ ص١٥٠. (نعيم)

(٢) قوله: "لعن الله إلخ" وأخرجه الشيخان عن ابن عمر كذا قال الزيلعى، وآخره: والواشمة والمستوشمة، فالواشمة التى تجعل الخيلان فى وجه المرأة بكحل أو مداد، والمستوشمة المعمول بها ذلك، وإنما تستحق اللعن بالانتفاع بما لا يجوز به الانتفاع. والواصلة التى تصل شعر امرأة بشعر امرأة أخرى، والمستوصلة هى الآمرة بذلك، وقيل: هى التى يفعل بها ذلك، وقال الزيلعى: إن الاستدلال بهذا الحديث على منع بيع شعور الإنسان، والانتفاع به لكرامته غير واضح، وفيه أنه واضح لأن استحقاق اللعن فى الوصل يدل على عدم جواز الانتفاع به وعدم جواز الانتفاع به يدل على عدم جواز البيع، كذا قال العينى. (مولانا عبد الحليم نور الله مرقده)

(٣) الوصل.

(٤) محركة پشم شتر. (من)

(٥) قوله: "فى قرون [قرن -بالفتح- گيسو. م] إلخ" أى فى أصول الشعر للتكثير، وفى الذوائب للتطويل. (ك)

(٦) ذوائب: گيسوها. (م)

(٧) أى محمد. (عينى)

(٨) وبعد الدبغ يجوز.

(٩) قوله: "لأنه غير منتفع به" فإن قيل: نجاستها مجاورة باتصال الدسومات ومثله يجوز بيعه كالثوب النجس. أجيب بأنها خلقية، فما لم يزل بالدباغ فهى كعين الجلد، بخلاف نجاسة الثوب. (ع)

(١٠) لنجاستها. (ع)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٥، والدراية ج٢ تحت الحديث ٧٧٥ ص١٥٠. (نعيم)

(١١) رواه الترمذى.

(١٢) إهاب، كذا روى عن الخليل. (ع)

(١٣) وإذا دبغ فاسمه أديم.

(١٤) أى أنه اسم لغير المدبوغ.

(١٥) بقوله: كل إهاب دبغ فقد طهر.

وصوفها[١]، وقرنها[٢]، وشعرها، ووبرها[٣]، والانتفاع بذلك كله؛ لأنها طاهرة لا يحلها الموت[٤] لعدم الحياة، وقد قررناه[٥] من قبل[٦]، والفيل كالخنزير[٧] نجس العين عند محمد، وعندهما بمنزلة[٨] السباع، حتى يباع[٩] عظمه وينتفع به[١٠].

قال[١١]: وإذا كان السفل لرجل وعلوه[١٢] لآخر فسقطا[١٣]، أو سقط العلو وحده، فباع صاحب العلو علوه[١٤] لم يجز؛ لأن حق التعلي ليس بمال[١٥]، لأن المال ما يمكن إحرازه[١٦]، والمال هو المحل للبيع، بخلاف الشرب[١٧] حيث يجوز بيعه تبعًا[١٨] للأرض باتفاق الروايات، ومفردًا في رواية، وهو اختيار مشايخ بلخ؛ لأنه[١٩] حظ من الماء، ولهذا[٢٠] يضمن[٢١] بالإتلاف، وله قسط[٢٢] من الثمن على ما

---

(١٦) عصبته بے عصب جمع.

(١) صوف -بالضم- پشم گوسفند. (م)

(٢) قرن بالفتح شاخ. (م)

(٣) پشم شتر.

(٤) والموت لا يحل إلا في محل الحياة [لعدم الحس].

(٥) بقوله: وشعر الميتة إلخ.

(٦) في كتاب الطهارة.

(٧) أي في حق تناول اللحم وغيره. (ك)

(٨) قوله: "بمنزلة السباع" لأنه منتفع به حقيقة، فكان منتفعًا به شرعًا اعتبارًا بسائر السباع. (ك)

(٩) قوله: "حتى يباع إلخ" قالوا: هذا إذا لم يكن على عظم الفيل وأشباهه دسومة، وإذا كانت فهو نجس لا يجوز بيعه. (ن)

(١٠) أي بعظمه.

(١١) أي محمد. (عيني)

(١٢) علو الدار -بالضم والكسر- بالا خانه خلاف سفل. (من)

(١٣) كلاهما.

(١٤) أي حق التعلي. (ك)

(١٥) قوله: "ليس بمال" لأن حق التعلي يتعلق بالهواء، والهواء ليس بمال، لأن المال ما يمكن قبضه وإحرازه، وإنما يجوز البيع قبل الانهدام باعتبار البناء القائم، ولم يبق. (عيني)

(١٦) أي حفظه وجمعه.

(١٧) فإنه حق الأرض مع أنه يجوز بيعه، شرب -بالكسر- حصه آب. (م)

(١٨) قوله: "تبعًا" لا مقصودًا، وهو اختيار مشايخ بخارا للجهالة. (ك)

(١٩) قوله: "لأنه حظ من الماء" والماء عين مال، فكان كبيع العين، أو بيع يتعلق بالعين، فيجوز، بخلاف التعلي على ما ذكرنا. فإن قيل: لو كان بيع الشرب بمنزلة بيع العين وهو الماء ينبغي أن لا يجوز إذا كان الماء معدومًا في الأرض. قلنا: يجوز للضرورة بفرضية وجوده كما في السلم والاستصناع. (نهاية)

(٢٠) أي لكونه حظًا للماء.

نذكره[١] في كتاب الشرب.

قال[٢]: وبيع الطريق وهبته جائز، وبيع مسيل الماء[٣] وهبته باطل، والمسألة تحتمل وجهين: بيع رقبة الطريق[٤] والمسيل، وبيع حق المرور[٥] والتسييل، فإن كان الأول فوجه الفرق بين المسألتين[٦] أن الطريق معلوم لأن[٧] له طولا وعرضًا معلومًا، وأما المسيل[٨] فمجهول، لأنه[٩] لا يدرى[١٠] قدر ما يشغله من الماء[١١]، وإن كان الثاني[١٢] ففي بيع حق المرور روايتان[١٣]. ووجه الفرق على أحدهما[١٤] بينه وبين حق التسييل أن حق المرور معلوم[١٥] لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق[١٦]، أما

---

(٢١) قوله: "يضمن بالاتلاف" بأن سقى رجل أرض نفسه بشرب غيره يضمن. (كافى)

(٢٢) قوله: "قسط من الثمن" حتى إذا ادعى رجل شراء أرض بشربها بألف، فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادته لاختلافهما في ثمن الأرض، لأن الذي زاد الشرب نقص عن ثمن الأرض لأن بعض الثمن يقابل الشرب، فصار كاختلافهما في مقدار ثمن الأرض. (كافى)

قوله: "قسط" -بالكسر- حصه ونصيب وپاره از چيزى. (م)

(١) قوله: "ما نذكره" قال الإتقاني أي من "المبسوط": قلت: هذا على النسخة التي فيها على ما ذكره، وفي بعض النسخ نذكره بصيغة الجمع، فيكون المراد من قوله: في كتاب الشرب مسائل الشرب التي ذكرها في كرى الأنهار من إحياء الموات. (عيني)

(٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٣) وهي النهر (ك) جاى روان شدن آب. (غث)

(٤) أي نفسه وعينه.

(٥) أي حق الطريق دون رقبة الأرض.

(٦) أي بيع رقبة الطريق وبيع رقبة المسيل.

(٧) قوله: "لأن له طولا وعرضًا" فإن عرضه مقدار باب الدار، وطوله إلى السكة النافذة غالبًا، فيجوز البيع، وهذا إذا بينهما، وإذا لم يبينهما جاز أيضًا، لأنه يقدر بعرض باب الدار العظمى، كذا في "العناية". (مل)

(٨) قوله: "وأما المسيل" أي رقبة المسيل من حيث هو مسيل، وهذا القيد لإخراج بيع رقبته من حيث إنه نهر فإنه أرض مملوكة جاز بيعها، ذكره شمس الأئمة السرخسي. (ع)

(٩) قوله: "لأنه لا يدرى إلخ" هذا إذا لم يبين الطول والعرض، فلا يجوز للجهالة، وإذا علم حدوده وموضعه فجائز. (عيني)

(١٠) لا طولا ولا عرضًا.

(١١) بيان.

(١٢) أي بيع حق المرور وحق التسييل.

(١٣) قوله: "روايتان" جائز في رواية ابن سماعة، وفي رواية "الزيادات" لا يجوز، وصححه الفقيه أبو الليث بأنه حق من الحقوق، وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز. (درر)

(١٤) أي رواية الجواز.

(١٥) إما بالبيان أو التقدير، كما مر. (ع)

المسيل[١] على السطح فهو[٢] نظير حق التعلى[٣]، وعلى الأرض مجهول لجهالة محله[٤]، ووجه[٥] الفرق بين حق المرور، وحق التعلى على[٦] أحد[٧] الروايتين أن حق التعلى يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء، فأشبه[٨] المنافع[٩]، أما حق المرور يتعلق[١٠] بعين تبقي وهو الأرض، فأشبه الأعيان[١١].

قال[١٢]: ومن باع جارية، فإذا هو[١٣] غلام فلا بيع[١٤] بينهما[١٥]، بخلاف ما إذا باع كبشًا[١٦] فإذا هو نعجة[١٧] حيث ينعقد البيع ويتخير، والفرق[١٨] يبتنى على الأصل[١٩] الذى ذكرناه فى النكاح لمحمد، وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا

---

(١٦) لأنه معلوم القدر.

(١) أى حق التسييل.

(٢) قوله: "فهو نظير إلخ" أى هو غير جائز لمعنيين أحدهما أنه متعلق بالهواء، فليس بمال، فكان بمنزلة حق التعلى، والثانى للجهالة، لأن التسييل مجهول مختلف لقلة الماء كثرته. (ك)

(٣) فلا يجوز بيعه باتفاق الروايات.

(٤) فإنه لا يعلم قدر ما يشغله من الماء.

(٥) قوله: "ووجه الفرق إلخ" لما كان رواية ابن سماعة فى جواز بيع حق المرور تلجئ إلى الفرق بينه وبين حق التعلى بين الفرق بينهما بقوله: ووجه الفرق إلخ. (ع)

(٦) متعلق بحق المرور.

(٧) أى رواية الجواز.

(٨) لأنها لا بقاء لها.

(٩) وبيع المنافع لا يجوز، فكذا هذا.

(١٠) قوله: "يتعلق إلخ" ظهر من هذا أن محل البيع إما الأعيان التى هى أموال، أو حق يتعلق بها، وفيه نظر، لأن السكنى من الدار مثلا حق يتعلق بعين يبقى وهو مال ولا يجوز بيعه. (عناية)

(١١) لأن لها بقاء.

(١٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٣) ذكره لتذكير الخبر. (ن)

(١٤) قوله: "فلا بيع" أى فلا يجوز البيع، وإنما ذكر هذه العبارة لأنه عبارة محمد، فذكرها بعينه، وعند زفر يجوز البيع. (عينى)

(١٥) قوله: "بينهما" قيل: باطل لأنه بيع المعدوم، وقيل: فاسد لأنه باع المسمى وأشار إلى غيره. (ن)

(١٦) كبش -بالفتح- قچقار وآن در سال چهارم باشد. (من)

(١٧) بالفتح: ميش. (م)

(١٨) بين المسألتين.

(١٩) قوله: "على الأصل الذى إلخ" أى الأصل الذى ذكرناه، وهو متفق عليه لكن ذكرنا ذلك المتفق عليه فى وجه قول محمد فى مسألة ما إذا تزوجها على دن من النحل فإذا هو خمر فلاتفاقهم على ذلك الأصل لم يقع الخلاف ههنا فى مسألة من باع جارية إلخ. (نهاية)

ففى مختلفى الجنس [١] يتعلق [٢] العقد بالمسمى، ويبطل [٣] لانعدامه [٤]، وفى متحدى الجنس [٥] يتعلق [٦] بالمشار إليه، وينعقد [٧] لوجوده، ويتخير [٨] لفوات الوصف [٩]، كمن اشترى عبداً على أنه خباز فإذا هو كاتب [١٠]، وفى مسألتنا [١١] الذكر والأنثى من بنى آدم جنسان للتفاوت [١٢] فى الأغراض، وفى الحيوانات جنس واحد للتقارب [١٣] فيها [١٤]، وهو [١٥] المعتبر فى هذا [١٦] دون الأصل كالخل والدبس [١٧] جنسان [١٨]، والوذارى [١٩] والزندنيجى [٢٠] على ما قالوا، جنسان مع اتحاد

---

(١) أى المشار إليه والمسمى كانا مختلفى الجنس.

(٢) قوله: "يتعلق إلخ" لأن التسمية أبلغ فى التعريف من الإشارة لأن الإشارة لتعريف الذات، فإنه إذا قال: هذا صارت الذات معينة، والتسمية لإعلام الماهية، وأنه أمر زائد على أصل الذات، فكان أبلغ فى التعريف، ونحن نحتاج فى مقام التعريف إلى ما هو أبلغ تعريفاً، فلذلك علقنا الحكم بالمسمى دون المشار إليه، وأما إذا كان المشار إليه من جنس المسمى كانت العبرة للإشارة، لأن ما سمى وجد فى المشار إليه، فصار حق التسمية مقضياً بالمشار إليه. (نهاية)

(٣) العقد.

(٤) المسمّى.

(٥) أى المشار إليه والمسمّى كانا متحدى الجنس.

(٦) العقد.

(٧) العقد.

(٨) المشترى.

(٩) المرغوب فيه.

(١٠) حيث ينعقد العقد ويتخير المشترى.

(١١) أى باع جارية فإذا هو غلام، أو كبشاً فإذا هو نعجة.

(١٢) قوله: "للتفاوت إلخ" لأن المطلوب من العبد الاستخدام خارج البيت كالتجارة والزراعة وغيرهما، ومن الأمة الاستخدام داخل الدار كالطبخ، والكنس، والاستفراش، والاستيلاد الذين لم يصلح لهما الغلام بالكلية، فكان التفاوت بينهما فاحشاً. (مل)

(١٣) قوله: "للتقارب إلخ" الكبش والنعجة جنس واحد لأن الغرض الكلى من الحيوان الأكل، والركوب، والحمل، والذكر الأنثى فى ذلك سواء. (ع)

(١٤) الأغراض.

(١٥) قوله: "وهو المعتبر إلخ" أى المعتبر فى أنهما جنسان مختلفان، أو متحدان تفاوت الأغراض وتقاربها، دون أصل المادة، وإذا عرف هذا فإذا وقعت الإشارة إلى مبيع ذكر بتسميته فإن كان ذلك مما يكون الذكر والأنثى فيه جنسين كبنى آدم، فالعقد يتعلق بالمسمى، ويبطل بانعدامه، فإذا قال: بعتك هذه الجارية فإذا هو غلام بطل البيع لفوات التسمية التى هى أبلغ فى التعريف من الإشارة، وإن كان مما يكونان من جنساً واحداً فالعقد يتعلق بالمشار إليه، وينعقد بوجوده، لأن العبرة إذ ذاك للاشارة لا للتسمية، لأن ما سمى وجد فى المشار إليه، فصار حق التسمية مقضياً بالمشار إليه، فإذا باع كبشا فإذا هو نعجة انعقد البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب فيه. (عناية)

(١٦) أى فى اختلاف الجنس واتحاده.

(١٧) دو شاب يعنى شيره أنگور. (غث)

(١٨) مع اتحاد أصلهما وهو العنب.

أصلهما[1]. قال: ومن اشترى جارية بألف درهم حالة أو نسيئة، فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل أن ينقد الثمن[2] لا يجوز البيع الثانى، وقال الشافعى: يجوز؛ لأن الملك[3] قد تم فيها بالقبض، فصار البيع من البائع ومن غيره سواء، وصار كما لو باع[4] بمثل الثمن الأول أو بالزيادة[5] أو بالعرض[6].

ولنا: قول عائشة رضى الله عنها لتلك المرأة[7]، وقد باعت بستمائة بعد ما

---

(١٩) قوله: "والوذارى" -بفتح الواو وكسرها، والذال المعجمة- ثوب منسوب إلى وذار قرية بسمرقند. (ن)

(٢٠) قوله: "والزنديجى [الزند قرية ببخارا منه ثوب زنديجى. ق]" ثوب منسوب إلى زند على خلاف القياس، قرية ببخارا. (نهاية)

(١) وهو القطن.

(٢) وبعد نقد الثمن يجوز.

(٣) للمشترى.

(٤) من البائع.

(٥) على الثمن الأول.

(٦) قوله: "أو بالعرض [متاع]" يعنى اشترى بألف ثم باعها قبل نقد الثمن بالعرض، وقيمة العرض أقل من الألف فإنه يجوز، ولو باعها بدرهم ثم اشتراها بدنانير، وقيمة الدنانير أقل من الثمن الأول لا يجوز استحسانًا، خلافًا لزفر، فإن ربا الفضل لا يتحقق بين الدنانير والدراهم، ووجه الاستحسان: أنهما من حيث الثمنية كالشىء الواحد، فيثبت شبهة الربا. (مل)

(٧) قوله: "لتلك المرأة إلخ" قلت: أخرجه عبد الرزاق فى "مصنفه": أخبرنا معمر والثورى عن أبى إسحاق السبيعى عن امرأته أنها دخلت على عائشة فى نسوة، فسألتها امرأة فقالت: يا أم المؤمنين كانت لى جارية، فبعتها من زيد بن أرقم بثمان مائة، ثم ابتعتها منه بستمائة، فنقدته الستمائة، وكتب عليه ثمان مائة، فقالت عائشة: بئس ما اشتريت، وبئس ما اشترى، اخبرى زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب، فقالت المرأة لعائشة: أرأيت إن أخذت رأس مالى ورددت عليه الفضل؟ فقالت: ﴿فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف﴾. وأخرجه الدارقطنى والبيهقى فى سننهما عن يونس بن أبى إسحاق الهمدانى عن العالية، قالت: كنت قاعدة عند عائشة، فأتتها أم محبة، فقالت: إنى بعت زيد بن أرقم جارية إلى عطاءه، فذكر نحوه، قال الدارقطنى أم محبة والعالية مجهولتان لا يحتج بهما، انتهى. وأم محبة -بضم الميم وكسر الهاء- هكذا ذكره الدارقطنى فى "المؤتلف والمختلف"، وقال: إنها امرأة تروى عن عائشة، روى حديثها أبو إسحاق السبيعى عن امرأته العالية، ورواه أيضًا يونس بن أبى إسحاق عن أمه العالية بنت أنفع عن أم محبة عن عائشة. وأخرجه أحمد فى "مسنده": حدثنا محمد بن جعفر حدثنا شعبة عن أبى إسحاق عن امرأته أنها دخلت على عائشة هى وأم ولد زيد بن أرقم، فقالت أم ولد زيد لعائشة: إنى بعت من زيد غلامًا بثمان مائة درهم نسيئة، واشتريته بستمائة نقدًا فقالت عائشة: أبلغى زيدًا إنك قد أبطلت جهادك مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب بئس ما اشتريت وبئس ما شريت. قال فى "التنقيح": هذا إسناد جيد وإن كان الشافعى قال: لا يثبت مثله عن عائشة، وكذلك الدارقطنى قال فى العالية: مجهولة لا يحتج بها. وفيه نظر، فقد خالفه غيره، ولو لا أن عند أم المؤمنين علما من رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم إن هذا محرم لم يستجزان تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد، انتهى.

وقال ابن الجوزى: قالوا: العالية امرأة مجهولة لا يقبل خبرها. قلنا: بل هى امرأة معروفة، جليلة القدر، ذكرها ابن سعد فى "الطبقات"، فقال: العالية بنت أنفع، امرأة أبى إسحاق سمعت من عائشة، انتهى كلامه. (تخريج الزيلعى)

قوله: "لتلك المرأة إلخ" أن امرأة دخلت على عائشة رضى الله تعالى عنها، وقالت: إنى اشتريت من زيد ابن أرقم جارية إلى العطاء بثمان مائة درهم، ثم بعتها منه بستمائة، فقالت عائشة رضى الله تعالى عنها: بئس ما شريت إلخ، فأتاها

اشترت بثمان مائة[١]: بئس[٢] ما شريتِ[٣] واشتريتِ[٤]، أبلغي زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل[٥] حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلّم إن لم يتب*، ولأن الثمن لم يدخل[٦] في ضمانه[٧] فإذا وصل[٨] إليه[٩] المبيع[١٠]،

زيد بن أرقم معتذراً، فتلت قوله تعالى: ﴿فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف﴾، فهذا الوعيد الشديد دليل على فساد هذا العقد، وإلحاق هذا الوعيد لهذا الصنع لا يهتدى إليه العقل، إذ شيء من المعاصي دون الكفر، لا يبطل شيئاً من الطاعات، إلا أن يثبت شيء من ذلك بالوحي، فدل على أنها قالته سماعاً.

واعتذار زيد إليها دليل على ذلك، لأن في المجتهدات كان يخالف بعضهم بعضاً، وما كان يعتذر أحدهما إلى صاحبه فيها. لا يقال: إنما ألحقت الوعيد به للأجل إلى العطاء، لأنا نقول: إن مذهب عائشة رضى الله عنها جواز البيع إلى العطاء، ولأنها قد كرهت العقد الثاني بقولها: بئسما شريت، وليس فيه هذا المعنى. (كفاية)

(١) قوله: "بعد ما اشتريت إلخ" هذا ما روى في مسند أبي حنيفة من أن زيد بن أرقم باع جارية أولا بثمان مائة درهم من تلك المرأة، ثم اشتراها زيد منها بستمائة، ففي هذه الرواية حصل الربح لزيد يثبت من الروايات الأخرى أن الربح كان لتلك المرأة وهي كانت أم ولد زيد بن أرقم فإنه روى الإمام أحمد بن حنبل أنه دخلت أم ولد زيد على عائشة، فقالت: إني بعت من زيد غلاماً بثمان مائة درهم نسيئة، فاشتريته بستمائة، لقد روى عبد الرزاق أن امرأة دخلت على عائشة فقالت: كانت لي جارية، فبعتها من زيد بن أرقم بثمانمائة إلى العطاء، ثم ابتعتها منه بستمائة، فنقدته ستمائة، وكتب لي عليه ثمانمائة، فقرأت عائشة آية الربا، فقالت المرأة لعائشة: أرأيت إن أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل؟ فقالت عائشة: فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف، وهكذا أورد مولانا حميد الدين البنياني في شرحه، ونقله العلي القاري في شرحه "مختصر المنار"، والعلامة ابن الهمام في "فتح القدير" وغيرهم، فتأمل. (مولانا عبد الحليم)

(٢) قوله: "بئس ما شريت" أي بعت، لأن الشراء يستعمل في معنى البيع، قال الله تعالى: ﴿وشروه بثمن بخس دراهم معدودة﴾ أي باعوه، ثم إنما قدمت العقد الثاني، لأن الفساد فيه مقصود وفي الأول باعتبار الوسيلة.

فإن قيل: قد جاء الوعيد أيضاً في تفريق الولد عن الوالد بالبيع، ومع ذلك لو فعله فالبيع جائز لا فاسد؟

قلنا: الوعيد هناك للتفريق لا للبيع حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقاً أيضاً، فلما أمكن الانفصال بين البيع والتفريق في الجملة اعتبر منفصلا في جواز البيع، وكره ذلك نسبته إلى التفريق، أما ههنا لما كان الوعيد لشبهة الربا، والربا مختص بالبيع فأوجب الفساد، ولأن في هذا لما كان شبهة الربا أوجب الفساد، لأن شبهة الربا ملحقة بحقيقة الربا، فأوجب الفساد كحقيقته. (ك)

(٣) أي بعت.

(٤) قوله: "واشتريت [أي أولا]" وإنما ذمت البيع الأول وإن كان جائزا عندها، لأنه صار ذريعة إلى البيع الثاني الذي هو موسوم بالفساد، وهذا كما يقول لصاحبه: بئس البيع الذي أوقعك في هذا الفساد وإن كان البيع جائزاً.

فإن قيل: يحتمل إنها ذمت البيع الأول لفساده بجهالة الأجل، وإنها رجعت عن تجويز البيع إلى العطاء، والبيع الثاني لأنه بيع المبيع قبل القبض، إذ القبض لم يذكر في الحديث. قلنا: الرجوع لم يثبت، وإنما ذمت البيع الثاني لأجل الربا حتى تلت عليه آية الربا، وليس في بيع المبيع قبل القبض الربا. (ك)

(٥) قوله: "أبطل حجه إلخ" إنما خص الجهاد لأنه أعظم الأعمال، وأشق على البدن، كذا الحج، قال الله تعالى: ﴿كتب عليكم القتال وهو كره لكم﴾. (مل)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٥، والدراية ج٢، الحديث ٧٧٦ص١٥١. (نعيم)

(٦) لعدم القبض.

(٧) البائع.

(٨) بالبيع.

ووقعت[١] المقاصة[٢] بقى[٣] له[٤] فضل خمسمائة، وذلك[٥] بلا عوض[٦]، بخلاف ما إذا باع بالعرض[٧]، لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة[٨].

قال[٩]: ومن اشترى[١٠] جارية بخمسمائة ثم باعها، وأخرى معها من البائع قبل أن ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز[١١] فى[١٢] التى لم يشترِها من البائع، ويبطل فى[١٣] الأخرى؛ لأنه[١٤] لا بد أن يجعل[١٥] بعض الثمن بمقابلة التى لم يشترِها منه[١٦]، فيكون[١٧] مشتريًا للأخرى[١٨] بأقل مما باع، وهو فاسد عندنا، ولم يوجد[١٩].

---

(٩) البائع.

(١٠) أى بالصفة التى خرج عن ملكه. (ك)

(١) قوله: "ووقعت المقاصة" أى بين الثمن فى البيع الأول وبين الثمن فى البيع الثانى أى وقع تقابل خمسمائة بخمسمائة قصاصًا. (مل)

(٢) چيزى ببدل چيزى فرا گرفتن. (م)

(٣) مع علامة الجارية له.

(٤) البائع.

(٥) الفضل.

(٦) قوله: "وذلك بلا عوض" فهذا ربح حصل لا على ضمانه، ونهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن ربح ما لم يضمن، بخلاف ما إذا باعه من غيره، لأن الربح لا يحصل للبائع، وبخلاف ما إذا اشترى بالثمن الأول لعدم الربا، بخلاف ما إذا اشترى بأكثر، فإن الربح هناك يحصل للمشترى، والمبيع قد دخل فى ضمانه. (ع)

(٧) رخت ومتاع وبهرچه غير از زر وسيم باشد. (م)

(٨) وقد انتفت.

(٩) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٠) قوله: "ومن اشترى إلخ" هذه من فروع المسألة المتقدمة، لأنها مبنية على شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن. (ع)

(١١) قوله: "فالبيع جائز" وأما إذا باعها مع جارية أخرى بألف وخمسمائة فالبيع فاسد، لأنه عند انقسام الثمن يلزم شراء ما باع بأقل مما باع. فإن قلت: إنه يتحقق ههنا صورة الجواز، وهو أن يكون الخمس مائة بإزاء المبيعة أولا، والألف بإزاء المضمونة، فلا ضير. قلت: لما اجتمع جهة الجواز وجهة الفساد فالترجيح ههنا للمفسد ترجيحًا للمحرم، كذا فى "العناية". (مل)

(١٢) الجارية.

(١٣) الجارية.

(١٤) قوله: "لأنه لا بد أن يجعل إلخ" أى لأن المشترى لما باع الجاريتين بخمسمائة إحداهما هى التى اشتراها من البائع فى المرة الأولى بخمسمائة والأخرى هى التى لم يشترها منه لا بد إلخ. (عينى)

(١٥) فى البيع الثانى.

(١٦) أى من البائع.

(١٧) أى البائع الأول.

(١٨) أى الجارية المبيعة أولا.

هذا المعنى[١] فى صاحبتها، ولا يشيع الفساد، لأنه ضعيف فيها[٢] لكونه[٣] مجتهداً فيه، أو لأنه[٤] باعتبار شبهة الربا، أو لأنه[٥] طار لأنه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة[٦]، فلا يسرى إلى غيرها.

قال[٧]: ومن اشترى زيتاً[٨] على أن يزنه بظرفه، فيطرح[٩] عنه[١٠] مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد، وإن اشترى على أن يطرح عنه بوزن الظرف جاز، لأن الشرط الأول[١١] لا يقتضيه العقد[١٢]، والثانى[١٣] يقتضيه[١٤].

---

(١٩) قوله: "ولم يوجد" فى صاحبتها، وهى الجارية التى ضمت إلى الجارية المبيعة لأنه ما اشتراها منه حتى باع بأقل منه، فيجوز لعدم المفسد. (عينى)

(١) أى الشراء بأقل مما باع.

(٢) أى فى المشتراة. (ك)

(٣) قوله: "لكونه مجتهداً فيه" لما أن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن جائز عنده، فلما ضعف الفساد فيها لم يتعد إلى المضمومة إليها كما لو باع عبداً ومدبراً حيث يصح البيع فى العبد لضعف فساد البيع فى المدبر حتى لو قضى بجوازه يجوز، كذا فى "الكفاية". وقال فى "العناية": إن فيه نظرا لأن خلاف الشافعى كان بعد وضع المسألة، فكيف يوضع المسألة بناء على شىء لم يقع بعد. (مل)

(٤) قوله: "أو لأنه باعتبار شبهة الربا" من حيث إنه يعود إليه كل رأس ماله مع زيادة ليس بإزاءها ضمان وعوض، وشبهة الربا كحقيقته، فلو اعتبرنا تلك الشبهة فى الجارية التى ضمت إلى المشتراة لكنا قد اعتبرنا شبهة الشبهة، وذلك لا يجوز، كذا فى "الكفاية". وبيان أن فى المشتراة شبهة الربا أن الألف وإن وجب للبائع بالعقد الأول لكنها على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشترى بها عيبا فيردها، فيسقط الثمن عن المشترى، وبالبيع الثانى يقع الأمن عنه، فيصير البائع بالعقد الثانى مشترياً ألفا بخمسمائة من هذا الوجه، والشبهة ملحقة بالحقيقة فى باب الربا، كذا فى "العناية". (مل)

(٥) قوله: "أو لأنه طار" أى الفساد طار بوجهين، أحدهما: أنه قابل الثمن بالجاريتين، وهى مقابلة صحيحة إذ لم يشترط فيها أن يكون فيه بإزاء ما باعه أقل من الثمن الأول، لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما، فصار البعض بإزاء ما باع، والبعض بإزاء ما لم يبع، ففسد البيع فيما باع، ولا شك فى كونه طارئًا فلا يتعدى إلى الأخرى.

والثانى: المقاصة فإنه لما باعها بألف ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسمائة، فتقاصا خمسمائة بخمس مائة مثلها بقى للبائع خمسمائة أخرى مع الجارية، والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثانى، فيفسد عندها، وذلك لا شك فى طروءه. (عناية)

(٦) چيزى ببدل چيزى فرا گرفتن. (م)

(٧) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٨) روغن زيتون.

(٩) البائع.

(١٠) أى عن المشترى.

(١١) أى طرح خمسين رطلا مكان كل ظرف.

(١٢) قوله: "لا يقتضيه العقد" فإن مقتضاه أن يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد، وعسى أن يكون وزنه أنقى من ذلك أو أكثر، فشرط مقدار معين مخالف لمقتضاه. (عناية)

(١٣) أى طرح وزن الظرف.

قال[١]: ومن[٢] اشترى سمنًا[٣] في زق[٤]، فرد الظرف[٥] وهو[٦] عشرة أرطال، فقال البائع: الزق[٧] غير هذا، وهو خمسة أرطال، فالقول قول المشترى[٨]، لأنه إن اعتبر[٩] اختلافًا في تعيين الزق المقبوض[١٠] فالقول قول القابض[١١] ضمينًا[١٢] كان أو أمينًا[١٣]، وإن اعتبر اختلافًا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن[١٤]، فيكون[١٥] القول قول المشترى لأنه ينكر الزيادة.

قال[١٦]: وإذا أمر[١٧] المسلم نصرانيًا ببيع خمر أو بشراءها، ففعل ذلك جاز[١٨] عند أبي حنيفة، وقالا: لا يجوز[١٩] على المسلم، وعلى هذا الخلاف[٢٠] الخنزير،

(١٤) العقد.

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٢) قوله: "ومن اشترى إلخ" صورة المسألة: رجل اشترى من رجل الثمن الذي في هذا الزق كل رطل بدرهم، فوزن له السمن والزق، فبلغ مائة رطل، وقبضه المشترى، ثم جاء فقال: وجدت السمن تسعين رطلا، والزق هذا وزنه عشرة أرطال، وقال البائع: الزق غير هذا، وزنه خمسة أرطال والسمن خمسة وتسعون رطلا. (عيني)

(٣) روغن زرد.

(٤) قوله: "في زق [مشك]" زق –بالكسر– پوستى ست براى شراب، وجز آن كه موى أنرا بريده باشند نه بركنديده. (من)

(٥) أي الزق.

(٦) الواو حالية.

(٧) أي الذي كان فيه الثمن.

(٨) مع يمينه إذا لم يقيم البينة.

(٩) هذا الاختلاف.

(١٠) مع السمن.

(١١) المشترى.

(١٢) كالغاصب. (ن)

(١٣) كالمودع. (ن)

(١٤) فالبائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكره.

(١٥) قوله: "فيكون القول قول المشترى" ولا يتحالفان وإن اختلفا في الثمن، لأن اختلافهما في الثمن ثبت تبعا لاختلافهما في الزق والاختلاف في الزق لا يوجب التحالف، لأنه ليس بمعقود به، ولا معقود عليه، وكذا الاختلاف فيما ثبت تبعا، لأن حكم التبع لا يخالف حكم الأصل. (ك)

(١٦) أي محمد. (عيني)

(١٧) أي وكل.

(١٨) قوله: "جاز إلخ" ويؤمر بتصدق الثمن، ويكره هذا التوكيل أشد الكراهة، ويصير الملك للموكل، ولو وكل النصراني نصرانيًا يصح بالاتفاق، ولذا قيد بالمسلم، ولو وكل المسلم مسلما لا يجوز بالاتفاق، ولذا قيد بالنصراني، ولو وكل المسلم ذميا ببهة الخمر وتسليمها لا يجوز، لأن أحكام العقد ترجع إلى الموكل، فصار كالرسول، كذا في "النهاية". (مل)

(١٩) التوكيل.

وعلى هذا[١] توكيل المحرم غيره ببيع صيده[٢]. لهما: أن الموكل لا يليه[٣]، فلا يوليه غيره[٤]، ولأن ما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل، فصار كأنه باشره بنفسه، فلا يجوز، ولأبى حنيفة: أن[٥] العاقد هو الوكيل بأهليته[٦] وولايته، وانتقال[٧] الملك[٨] إلى الآمر[٩] أمر[١٠] حكمى، فلا يمتنع[١١] بسبب الإسلام، كما إذا ورثهما[١٢]، ثم إن كان خمراً[١٣] يخللها[١٤]، وإن كان خنزيراً يسيبه[١٥].

قال[١٦]: ومن[١٧] باع عبداً على أن يعتقه المشترى، أو يدبره، أو يكاتبه، أو أمة

(٢٠) أى إذا وكل المسلم نصرانياً ببيع خنزير أو شراءه.

(١) الخلاف.

(٢) الذى صاده قبل الإحرام.

(٣) قوله: "لا يليه [وفى نسخة: لا يليه بنفسه]" أى لا يلى التصرف الذى أمره للنصرانى، فلا يوليه غيره، لأن المسلم لا يملك بنفسه، فلا يملك غيره، لأن تمليك ما لا يملك لا يجوز. (عينى)

(٤) كالمسلم وكل مجوسياً، بأن يزوجه مجوسية لا يصح العقد. (ن)

(٥) قوله: "أن العاقد إلخ" يعنى أن الوكيل إنما يملك التصرف لكونه حراً عاقلا بالغاً، ولهذا يستغنى عن الإضافة إلى الموكل، ويرجع الحقوق إليه، والحاجة إلى الموكل لانتقال حكم التصرف إليه، والموكل أهل لانتقال ملك الخمر إليه إرثاً، وصورة الإرث: بأن أسلم النصرانى، وله خنازير وخمور، ومات قبل تسييب الخنازير وتخليل الخمر، وله وارث مسلم يملكها. (ك)

(٦) لأن النصرانى أهل لمباشرة ذلك.

(٧) جواب عن الدليل الثانى.

(٨) إلى الموكل بعد ثبوت الوكالة.

(٩) الموكل.

(١٠) قوله: "أمر حكمى" أى جبرى لا اختيارى، فإنه يثبت الملك له بدون اختياره كما فى الموت بالاتفاق، وقولهما: إن الموكل لا يليه، فلا يوليه غيره منقوض بما أن الوكيل بشراء شىء بعينه ليس له أن يشتريه لنفسه بمثل ذلك الثمن، وله أن يوكل غيره بذلك، والقياس على تزويج المجوسى مدفوع، فإن حقوق العقد فى النكاح ترجع إلى الموكل، والوكيل سفير لا غير، كذا فى "العناية". وقال فى "الكفاية": إن الأصل أن الوكيل عند أبى حنيفة أصل فى حق نفس التصرف، ونائب عن الموكل فى حكم التصرف، فيعتبر أهليته لنفس التصرف، وأهلية الموكل لحكم التصرف، وعندهما نائب عن الموكل فى حق نفس التصرف، فيعتبر أهلية الموكل لنفس التصرف. (مل)

(١١) قوله: "فلا يمتنع [العقد]" أى إذا ثبت الأهلية لم يمتنع العقد بسبب الإسلام، لأنه جالب لا سالب. (ع)

(١٢) المسلم.

(١٣) قوله: "إن كان خمراً" أى متى جاز عند أبى حنيفة فإن كان خمراً إلخ، وإن كان ثمن خمر تصدق به لأنه عوض الخمر، فتمكن الخبث فيه. (ك)

(١٤) تخليل: سركه كردن. (م)

(١٥) تسييب: گذاشتن ستور را بر سر خود. (من)

(١٦) أى القدورى.

(١٧) شرع فى بيان الفساد الواقع فى العقد بسبب الشرط. (ع)

على أن يستولدها فالبيع فاسد؛ لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلّم عن بيع وشرط[١]، ثم جملة[٢] المذهب فيه أن يقال: كل شرط يقتضيه العقد[٣] كشرط الملك[٤] للمشتري لا يفسد العقد[٥] لثبوته[٦] بدون الشرط[٧]، وكل شرط لا يقتضيه العقد[٨]، وفيه منفعة[٩] لأحد المتعاقدين[١٠]، أو للمعقود عليه وهو[١١] من أهل[١٢] الاستحقاق يفسده[١٣] كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع[١٤]، لأن فيه زيادة عارية عن العوض، فيؤدى[١٥] إلى الربا. أو لأنه يقع[١٦] بسببه المنازعة،

---

(١) قلت: رواه الطبراني في "معجمه الوسط". (ت)

(٢) قوله: "ثم جملة المذهب" أي الكلية لمذهبنا، والأصل الشامل لفروع أصحابنا. (ن)

(٣) أي يجب بالعقد من غير شرط. (ن)

(٤) أو شرط تسليم الثمن أو تسليم المبيع. (ك)

(٥) قوله: "لا يفسد العقد" وكذا كل شرط لا يقتضيه العقد إلا أنه يلايم البيع، أي يؤكد موجبه كالبيع بشرط أن يعطى المشتري بالثمن رهنا، أو كفيلا وهو معلوم بالإشارة أو التسمية لا يفسد العقد أيضاً، لأن الرهن شرع وثيقة، وتأكيدا لجانب الاستيفاء، واستيفاء الثمن موجب العقد، فما يؤكده يلايم العقد، والكفالة وثيقة لجانب المطالبة، والمطالبة موجب العقد، فما يؤكدها يلايم العقد، فلا يفسد، فإن لم يكونا معلومين فسد البيع، لأن جهالة الرهن والكفيل تفضى إلى النزاع، فالمشترى يعطيه رهنا أو كفيلا، والبائع يطالبه بآخر. (ك)

(٦) قوله: "لثبوته إلخ" لا يقال: نهى النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن بيع وشرط، وهو بإطلاقه يقتضى عدم جوازه، لأنه في الحقيقة ليس بشرط حيث أفاد ما أفاده العقد المطلق. (عناية)

(٧) فلا يفيد الشرط إلا تأكيداً. (ك)

(٨) ولا يلائمه، ولم يرد الشرع بجوازه ليس بمتعارف. (ك)

(٩) قوله: "وفيه منفعة إلخ" بأن اشترى ثوبًا على أن يخيطه البائع، أو باع عبداً على أن يخدم البائع شهراً، أو داراً على أن يسكن فيه البائع شهراً مثلا. (عيني)

(١٠) البائع والمشترى.

(١١) الواو حالية.

(١٢) قوله: "وهو من أهل إلخ" أى من أهل أن يستحق على الغير حقا بأن يكون آدميًا، وإن لم يكن من أهل الاستحقاق بأن اشترى فرسًا بشرط أن يعلفه كذا منا من الشعير، أو لم يكن فيه منفعة لأحد كشراء دابة، أو ثوب بشرط أن لا يبيعه بطل الشرط وصح البيع في ظاهر المذهب، وعن أبي يوسف أنه يفسد به البيع. (ك)

(١٣) العقد.

(١٤) فإن العبد يعجبه أن لا تتداوله الأيدى. (ك)

(١٥) قوله: "فيؤدى إلى الربا" لأنهما لما قصدا المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض، وهو ربا، لأن الربا عبارة عن فضل خال عن العوض. لا يقال: لا يطلق الزيادة إلا على المجانس للمزيد عليه، والمشروط منفعة، فكيف يكون ربا، لأنه مال جاز أخذ العوض عليه، ولم يعوض عنه بشيء في العقد، فيكون ربا. (ف)

(١٦) قوله: "يقع بسببه المنازعة" لأنه متى كان منتفعابه كان مرغوبًا فيه، وكان له طالب، فيقع بسببه النزاع، ومتى لم يكن مرغوبًا فيه لم يكن زيادة تقدير، أو لم يكن له طالب فلا يؤدى إلى الربا أو النزاع. فإن قيل: لما شرط المشترى أو البائع شرطا في العقد فالظاهر أنه يجرى على موجبه، فلا يؤدى الشرط حينئذ إلى النزاع.

فيعرى العقد عن مقصوده[١]، إلا[٢] أن يكون[٣] متعارفًا، لأن العرف[٤] قاضٍ على القياس، ولو كان[٥] لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد[٦] لا يفسده[٧]، وهو الظاهر[٨] من المذهب كشرط أن لا يبيع المشترى الدابة المبيعة لأنه انعدمت المطالبة[٩]، فلا يؤدى إلى الربا، ولا إلى المنازعة.

إذا ثبت هذا نقول: هذه الشروط[١٠] لا يقتضيها العقد، لأن قضيته[١١] الإطلاق فى التصرف والتخيير، لا الإلزام حتمًا[١٢]، والشرط يقتضى ذلك[١٣]، وفيه[١٤] منفعة للمعقود عليه، والشافعي[١٥] وإن[١٦] كان يخالفنا فى العتق[١٧] ويقيسه[١٨] على بيع

قلنا: يفسد العقد بالشرط بظاهر ما روى عن النبي عليه السلام نهى عن بيع وشرط، فبعد ذلك لا يجرى الشارط على الشرط، لأن الشرط إنما يراعى فى البيع الصحيح. (ك)

(١) وهو الاسترباح وقطع النزاع.

(٢) قوله: "إلا أن يكون متعارفًا" هذا استثناء من قوله: يفسده، أي إلا أن يكون الشرط متعارفًا بين الناس كما لو اشترى نعلا بشرط أن يحذوه البائع، أو يشركه، فلا يفسد به البيع، وكذا كل شرط لا يلايم العقد، إلا أن الشرع ورد بجوازه كالخيار والأجل، فيجوز؛ لأن العرف قاض على القياس، إذ الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى، وهو قوله: عليه السلام: «ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن»، أو ثابت بالإجماع، فيكون العرف راجحًا على القياس.

لا يقال: فساد البيع بشرط ثابت بالحديث، والعرف ليس بقاض عليه لأنه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به، وهو قطع المنازعة، والعرف ينفى النزاع، فكان موافقًا لمعنى الحديث، كذا فى "العناية" وغيرها. (مل)

(٣) الشرط.

(٤) وهو حجة يترك به القياس. (ك)

(٥) الشرط.

(٦) من المتعاقدين.

(٧) لأن الشرط يلغو ويصح العقد.

(٨) قوله: "وهو الظاهر من المذهب" احتراز عما روى عن أبى يوسف أنه يبطل به البيع، نص عليه فى آخر المزارعة، لأن في هذا الشرط ضررًا على المشترى من حيث يتعذر عليه التصرف في ملكه، والشرط الذى فيه ضرر كالشرط الذى فيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولكنا نقول: لا معتبر بالشرط إلا بالمطالبة، وهى تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر. (ن)

(٩) من جهة الدابة. (نهاية)

(١٠) أي الإعتاق، والتدبير، والكتابة، والاستيلاد.

(١١) قوله: "لأن قضيته" أى قضية العقد، أن يكون المشتري مخيرًا فى جميع التصرفات في المشترى، إلا أن يكون ملزمًا على تصرف كالاعتاق أو التدبير. (ن)

(١٢) وجوبًا.

(١٣) الزام.

(١٤) شرط.

(١٥) يقول: بيع الرقيق بشرط العتق جائز.

(١٦) الواو وصلية.

العبد نسمة[١]، فالحجة عليه ما ذكرناه[٢].

وتفسير البيع نسمة: أن يباع ممن يعلم أنه يعتقه لا[٣] أن يشترط فيه[٤]، فلو أعتقه المشترى بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبى حنيفة. وقالا: يبقى[٥] فاسداً حتى يجب عليه القيمة، لأن البيع قد وقع فاسداً، فلا ينقلب جائزاً، كما إذا تلف بوجه آخر[٦]، ولأبى حنيفة أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه[٧]، ولكن من حيث حكمه يلائمه[٨]، لأنه[٩] منه للملك[١٠]، والشىء بانتهاءه يتقرر، ولهذا[١١] لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب، فإذا تلف من وجه آخر لم يتحقق الملائمة[١٢]، فيتقرر الفساد، وإذا وجد العتق

---

(١٧) فى قول. (ن)

(١٨) قوله: "ويقيسه إلخ" غير مستقيم فيما ذكر فى "المبسوط" من تفسير الشافعى بيع العبد نسمة، حيث قال من جانب الشافعى: لأن الشراء بشرط الإعتاق متعارف بين الناس، لأن بيع العبد نسمة متعارف فى الوصايا وغيرها، ثم قال: وتفسيره: البيع بشرط العتق، فلا يصح قوله: ويقيسه على بيع العبد نسمة، لأنه يلزم حينئذ قياس الشىء على نفسه. (ن)

(١) قوله: "نسمة [النسم محركة نفس الروح كالنسمة محركة. ق]" النسمة النفس من نسم الريح، ثم سميت بها النفس، ومنها اعتق النسمة، والله تعالى بارئ النسمة، وأما قوله: ولو أوصى بأن يباع عبده نسمة صحت الوصية، فالمراد أن يباع للعتق، أى لمن يريد أن يعتقه وانتصابها على الحال على معنى معرضاً للعتق، وإنما صح هذا لأنه لما كثر ذكرها فى باب العتق، وخصوصاً فى قوله عليه السلام: «فك الرقبة واعتق النسمة» صارت كأنها اسم لما هو يعرض للعتق، فعوملت معاملة الأسماء المتضمنة لمعانى الأفعال، كذا فى "المغرب". (ك)

(٢) قوله: "ما ذكرناه [من الحديث والمعقول. نهاية]" فالحديث نهى النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن بيع وشرط. رواه أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم، والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفاً لمقتضى العقد. (ع)

(٣) نفى لما قاله الشافعى: إن تفسيره البيع بشرط العتق. (ك)

(٤) العتق.

(٥) كما كان. (ع)

(٦) غير وجه الإعتاق من الموت والقتل والبيع. (نهاية)

(٧) من أن قضية الإطلاق إلخ.

(٨) العقد.

(٩) قوله: "لأنه [أى لأن العتق]" أى لأن العتق ينهى الملك، فإن الملك فى بنى آدم ثابت إلى العتق، والشىء بانتهاءه يتقرر، ومقر الشىء مصحح له، ولهذا لو اشترى عبداً فأعتقه فعلم بعيب به رجع بنقصانه، بخلاف ما لو باعه، فإذا استهلكه فقد تقرر الفساد لوجود صورة الشرط دون الحكم، فإذا أعتقه تحققت الملايمة بحكم العتق، وهو انتهاء الملك به، فترجح جانب الجواز، فكان الحال قبل ذلك موقوفاً بين أن يبقى فاسداً كما كان، أو ينقلب إلى الجواز بالإعتاق. (ك)

(١٠) تنهيه بپايان رسانيدن چيزى را. (من)

(١١) إيضاح لقوله: والشىء بانتهاءه يتقرر.

(١٢) ويمتنع الرد.

تحققت الملائمة، فترجح جانب الجواز[١]، فكان[٢] الحال[٣] قبل ذلك[٤] موقوفًا.

قال[٥]: وكذلك[٦] لو باع عبدًا على أن يستخدمه البائع شهرًا، أو دارًا على أن يسكنها[٧]، أو على[٨] أن يقرضه[٩] المشترى درهمًا، أو على أن يهدى[١٠] له[١١] هدية؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد[١٢] المتعاقدين، ولأنه عليه السلام نهى[١٣] عن بيع و[١٤] سلف[١٥]*، ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن، يكون إجارة فى بيع، ولو كان لا يقابلهما[١٦] يكون إعارة فى بيع، وقد نهى النبى عليه السلام[١٧] عن صفقتين[١٨] فى صفقة**.

---

(١) على جانب الفساد.

(٢) قوله: "فكان الحال إلخ" تأمل حق التأمل تخلص من وطئة شبهة وهى أن هذا الشرط فى نفسه إما أن يكون فاسدًا أو لا، فإن كان الأول فتحققه يقرر الفساد، لئلا يلزم فساد الوضع، وإن كان الثانى كان العقد به فى الابتداء جائزًا، وذلك لأنه فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملايمة جائز من حيث الحكم، فقلنا بالفساد فى الابتداء عملا بالذات والصورةوبالجواز عند الوفاء عملا بالحكم والمعنى، ولم يعكس لأنا لم نجد جائزًا ينقلب فاسدا، ووجدنا فاسدًا ينقلب جائزًا لعدم تحقق الشرط. (ع)

(٣) أى حال العقد.

(٤) الإعتاق.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) أى يفسد.

(٧) البائع.

(٨) قوله: "أو على أن يقرضه المشترى" احتراز عما إذا قال: بعتك هذه الدار على أن يقرض فلان الأجنبى ألف درهم، فقبله المشترى صح البيع، لأنها لم تلزم الأجنبى لا ضمانًا عن المشترى، لأنها ليست فى ذمته، فيتحملها الكفيل، ولا زيادة فى الثمن، لأنه لم يقل: على أنى ضامن، بخلاف اشتراط الإقراض على المشترى. (عناية)

(٩) البائع.

(١٠) المشترى.

(١١) البائع.

(١٢) البائع.

(١٣) قوله: "نهى عن إلخ" أخرجه أصحاب السنن إلا ابن ماجة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا يحل سلف وبيع». (ت)

(١٤) الواو للجمع.

(١٥) قوله: "سلف" محركة دام كه دران دام دهنده را نفعى نباشد، وبر ذمه مديون أو اى آن بعينه باشد. (من)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٨، والدراية ج٢، الحديث ٧٧٨ ص١٥١. (نعيم)

(١٦) شيء من الثمن.

(١٧) قوله: "وقد نهى النبى إلخ" قلت: رواه أحمد فى "مسنده" عن عبد الله بن مسعود قال: «نهى النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن صفقتين فى صفقة». (ت)

(١٨) عقدين.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٠، والدراية ج٢، الحديث ٧٧٩ ص١٥٢. (نعيم)

قال[١]: ومن باع عينًا على أن لا يسلّمه[٢] إلى رأس الشهر، فالبيع فاسد؛ لأن الأجل فى المبيع العين[٣] باطل، فيكون شرطًا فاسدًا[٤]، وهذا[٥] لأن الأجل شرع ترفيهًا[٦]، فيليق[٧] بالديون دون الأعيان.

قال[٨]: ومن اشترى جاريةً إلا حملها فالبيع فاسد، والأصل[٩] أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح[١٠] استثناءه من العقد، والحمل من هذا القبيل[١١]، وهذا[١٢] لأنه بمنزلة[١٣] أطراف الحيوان[١٤] لاتصاله به خلقة، وبيع الأصل يتناولها[١٥]، فالاستثناء يكون على خلاف الموجب[١٦]، فلم يصح[١٧]، فيصير[١٨] شرطًا فاسدًا، والبيع يبطل به[١٩]. والكتابة[٢٠]، والإجارة[٢١]، والرهن[٢٢] بمنزلة البيع[٢٣]، لأنها

---

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) إلى المشترى.

(٣) قوله: "فى المبيع العين" وإنما قيد بالعين احترازٍ عن المسلم فيه فى السلم، فإن المسلم فيه مبيع، ولكنه ليس بعين، فيصح الأجل. (نهاية)

(٤) والبيع يفسد بالشرط الفاسد. (ك)

(٥) أى بطلان الأجل.

(٦) ترفيه: آسائش دادن. (من)

(٧) قوله: "فيليق بالديون" وذلك لأن الدين غير حاصل، فكان الأجل فيه للترفيه، لأن فائدة شرط الأجل اتساع المدة التى يتمكن المشترى من تحصيل الثمن، أما العين فحاصل، فلا حاجة إلى ذكر الأجل. (نهاية)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) أى الأمر الكلى.

(١٠) قوله: "لا يصح استثناءه" لأنه دليل على أنه تبع لما أن التبع يدخل فى البيوع، فلا حاجة إلى إيراد العقد، وبالاستثناء يعلم أنه مقصود. (نهاية)

(١١) أى لا يصح إفراده بالعقد.

(١٢) قوله: "وهذا" أى كون الجنين من هذا القبيل، لأنه بمنزلة أطراف الحيوان، فإن الجنين ما دام فى بطن أمه فهو فى حكم جزء منها كاليد والرجل، ألا ترى أنه يقطع عنها بالمقراض، وأجزاء الحيوان لا تقبل العقد مقصودًا، فلا تكون مقصودة بالاستثناء. (عينى)

(١٣) قوله: "بمنزلة أطراف الحيوان" واستثناء الأطراف لا يصح، لأن الاستثناء تصرف فيما يدخل تحت اللفظ قصدًا لا تبعًا، والأطراف بمنزلة الأوصاف يكون دخولها تبعًا. (ك)

(١٤) ينتقل بانتقاله، ويتقرر بقراره. (م)

(١٥) الأطراف.

(١٦) قوله: "على خلاف الموجب" أى خلاف موجب العقد، لأن العقد يوجب أنْ يكون الحمل تبعًا غير مقصود. (ب)

(١٧) الاستثناء.

(١٨) أى إذا لم يصح الاستثناء يصير إلخ.

(١٩) أى بالشرط الفاسد.

تبطل بالشروط الفاسدة، غير[١] أن المفسد في الكتابة ما يتمكن[٢] في صلب[٣] العقد منها، والهبة[٤]، والصدقة، والنكاح، والخلع، والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء[٥]، لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة[٦]، وكذا الوصية[٧] لا تبطل به، لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثًا[٨]، والجارية وصية[٩]، لأن الوصية أخت الميراث[١٠]، والميراث يجرى فيما في البطن[١١]، بخلاف ما إذا استثنى خدمتها[١٢]، لأن الميراث لا يجرى فيها.

---

(٢٠) نحو كاتبتك إلا حملك.

(٢١) نحو آجرتك إلا حملك.

(٢٢) رهنتك إلا حملك.

(٢٣) قوله: "بمنزلة البيع إلخ" أى من حيث إنها معاوضة، والبيع يبطل بالشروط الفاسدة لما تقدم، فكذا ما في معناه، والاستثناء يصير شرطًا فاسدًا فيها، فيفسدها. (عينى)

(١) استثناء من قوله: تبطل.

(٢) قوله: "ما يتمكن إلخ" بأن كاتب المسلم عبده على خمر، أو خنزير، أو على قيمته فالكتابة فاسدة لتمكن الشرط المفسد في صلب العقد، أما لو شرط على المكاتب أن لا يخرج من الكوفة، فله أن يخرج، لأن هذا الشرط يخالف مقتضى العقد، وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد، فبطل الشرط، وصح العقد، لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد، وذلك لأن الكتابة تشبه البيع انتهاء من حيث إنه مال في حق المولى، وتشبه النكاح من حيث إنه ليس بمال في حق نفسه، فألحقناها في البيع في شرط يتمكن في صلب العقد، وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلب العقد. (ن)

(٣) أى ما يقوم به العقد، وهو أحد العوضين.

(٤) قوله: "والهبة والصدقة إلخ" صور هذه الأشياء بأن قال: وهبت هذه الجارية لك إلا حملها، أو تصدقتها عليك إلا حملها، أو جعلتها مهرًا، أو بدل الخلع، أو بدل الصلح عن دم العمد إلا حملها. (عينى)

(٥) ويدخل في العقد الولد والأم جميعًا. (نهاية)

(٦) قوله: "لا تبطل بالشروط إلخ" لأن الفساد باعتبار إفضاءه إلى الربا، وذلك لا يتحقق إلا في المعاوضات، وهذه تبرعات وإسقاط، والهبة وإن كان من قبيل التملكات لكنا عرفنا بالحديث أن الشرط الفاسد لا يفسدها، فإنه عليه السلام أجاز العمرى وأبطل شرطه للمعمر حتى تصير لورثة الموهوب له، لا لورثة المعمر إذا شرط عوده، فيصح العقد، ويبطل الاستثناء. (ع)

(٧) بأن قال: أوصيت لرجل بهذه الجارية إلا حملها.

(٨) للورثة.

(٩) للموصى له.

(١٠) في أن الملك في كل منهما يحصل بعد الموت.

(١١) لأنه عين.

(١٢) قوله: "بخلاف ما إذا إلخ" أى أوصى بجارية لإنسان واستثنى خدمتها أو غلتها، فيبطل الاستثناء ويستحق الموصى له الجارية مع خدمتها، لأن الخدمة والغلة لا يجرى فيهما الإرث، لأنها ليست بمال، ألا ترى أن الموصى له بالخدمة والغلة لو مات بعد صحة الوصية تعود إلى ملك الموصى، ولا يصير موروثًا عن الموصى له بخلاف الوصية بما في البطن حيث يصير ميراثًا عن الموصى له. فإن قيل: لما كان الأصل أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناءه لزم من هذا أن ما

قال[١]: ومن اشترى ثوبًا على أن يقطعه البائع، ويخيطه قميصًا، أو قباء فالبيع فاسد؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين[٢]، ولأنه يصير صفقة في صفقة[٣] على ما مر[٤]. قال: ومن اشترى[٥] نعلا على أن يحذوه[٦] البائع، أو يشركه[٧] فالبيع فاسد، قال[٨]: ما ذكره[٩] جواب القياس، ووجهه ما بينا[١٠]، وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه، فصار كصبغ الثوب[١١]، وللتعامل جوّزنا الاستصناع[١٢]. قال: والبيع إلى النيروز، والمهرجان[١٣]، وصوم النصارى[١٤]، وفطر اليهود إذا لم يعرف المتبايعان[١٥] ذلك فاسد؛ لجهالة[١٦] الأجل،

يصح إفراده بالعقد يصح استثناؤه، والخدمة في الوصية مما يصح إفراده بالعقد بأن قال: أوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان، فإنه يصح، فوجب أن يصح استثناؤه. قلنا: إنا لو قلنا بصحة استثناء الخدمة يلزم أن ترد الخدمة إلى ورثة الموصى، والإرث لا يجرى في الخدمة، لأن الإرث يجرى في الأعيان دون المنافع، فلذلك قلنا بأن الاستثناء لا يصح. (مل)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) مشترى.

(٣) قوله: "يصير صفقة في صفقة" قال فيما تقدم: صفقتين في صفقة، لأن فيه احتمال الإجارة والعارية، وقال ههنا: صفقة في صفقة إذ ليس فيه احتمال العارية. (مل)

(٤) قوله: "على ما مر" وهو قوله: ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن إلخ. (ك)

(٥) قوله: "ومن اشترى نعلا إلخ" أراد بالنعل النعل الصرم، وهذا من تسمية الشيء باسم ما يؤول إليه.
حذا النعل بالمثال قطعها به، وحذا نعلا عملها شرك النعل من التشريك، وضع عليها الشراك، وهو سيرها الذى على ظهر القدم وهو مثل في القلة، كذا في "المغرب". (ك)

(٦) حذا النعل اندازه كرد كفش را وبريد. (من)

(٧) شرك النعل شراک ساخت براى نعل. (من)

(٨) قال أي المصنف.

(٩) الماتن.

(١٠) هو أنه شرط لا يقتضيه إلخ. (ن)

(١١) قوله: "فصار كصبغ الثوب" أي استئجار الصباغ لصبغ الثوب، فإن في القياس لا يجوز، لأن الإجارة بيع المنافع وفيه يلزم بيع العين وهو الصبغ، فلا يجوز كما إذا استأجر بقرة ليشرب ألبانها، لكن ترك القياس للتعامل، فإن له تأثيرا في ترك القياس كما في الاستصناع فإنه بيع المعدوم. (نهاية)

(١٢) قوله: "الاستصناع" فإن بيع المعدوم لا يجوز وإنما جوزناه للتعامل. (ك)

(١٣) قوله: "والبيع إلى النيروز [أي بتأجيل الثمن إلى النيروز. ك] إلخ" النيروز أصله النوروز معرب، وقد تكلم به عمر رضي الله عنه، فقال: كل يوم لنا نوروز حين كان الكفار يتبهجون به، وهو يوم في طرف الربيع، والمهرجان يوم طرف الخريف معرب مهرگان. (نهاية)

(١٤) قوله: "وصوم النصارى إلخ" النصارى يبتدعون الصوم من نيروز، ويصومون خمسين يومًا، ونيروز غير معلوم إلا بظن، وممارسة بعلوم النجوم، فربما يخطئ ويصيب، واليهود يصومون رمضان كله، ولا يفطرون يوم الفطر، ويتبعونه بصيام من شوال إلى تمام خمسين، فبعد دخول صومهم يوم فطرهم يختلف باختلاف رمضان. (مل)

(١٥) البائع والمشترى.

وهى مفضية إلى المنازعة فى البيع ؛ لابتنائها[١] على المماكسة[٢]، إلا[٣] إذا كانا يعرفانه لكونه معلومًا[٤] عندهما[٥]، أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا فى صومهم، لأن مدة صومهم بالأيام[٦] معلومة[٧]، فلا جهالة فيه.

قال: ولا يجوز[٨] البيع إلى قدوم الحاج[٩]، وكذلك إلى الحصاد[١٠]، والدياس، والقطاف، والجزاز[١١]؛ لأنها[١٢] تتقدم وتتأخر، ولو كفل إلى هذه الأوقات جاز، لأن الجهالة اليسيرة[١٣] متحملة[١٤] فى الكفالة، وهذه الجهالة[١٥] يسيرة مستدركة[١٦] لاختلاف الصحابة فيها[١٧]، ولأنه معلوم الأصل[١٨]، ألا ترى

---

(١٦) قوله: "لجهالة الأجل" لأن النيروز مختلف بين نيروز السلطان ونيروز الدهاقين، ونيروز المجوس، كذا فى "الكفاية"، وقال العينى: إن هذه الآجال ليست من آجال المسلمين، فإنهم لا يعرفون وقت ذلك عادة. (مل)

(١) قوله: "لابتنائها" أى لابتناء المنازعة على المماكسة، والمماكسة موجودة فى هذا البيع عادة. (ن)

(٢) قوله: "المماكسة" مماكسة باكسى بچيزى بخيلى كردن، وتشويش كردن در بيع، كم كردن در ثمن. (من)

(٣) استثناء من قوله: فاسد.

(٤) فارتفع الجهالة.

(٥) البائع والمشترى.

(٦) بخلاف شروعهم لأنه يتقدم ويتأخر.

(٧) وهو خمسون يومًا. (ن)

(٨) أى بتأجيل الثمن إلى وقت قدوم الحاج.

(٩) أو إلى العطار. (ن)

(١٠) أى وقته، وكذا فى غيره. (ن)

(١١) قطع الصوف والشعر.

(١٢) قوله: "لأنها" أى لأن هذه الأوقات تتقدم وتتأخر باختلاف الحر والبرد، فليس لها وقت معلوم لأنها من أفعال العباد، فتثبت بحسب ما يبدو لهم. (مل)

(١٣) اندک.

(١٤) قوله: "متحملة" وإنما احتملت الكفالة الجهالة اليسيرة لأنها تشبه النذر من حيث إنها إلزام محض ابتداء، وتشبه البيع من حيث إنها معاوضة انتهاء باعتبار الرجوع على المكفول عنه، فعملنا بالشبهين، فبالنظر إلى الشبه الأول تحملت الجهالة اليسيرة كما أن النذر يحتملها، وبالنظر إلى الثانى لا تتحمل الجهالة الثقيلة، فإن المعاوضات لا تحتملها، فافهم. (مولانا عبد الحليم نور الله مرقده)

(١٥) أى جهالة الأجل.

(١٦) أى يمكن تداركها وإزالتها. (ك)

(١٧) قوله: "لاختلاف الصحابة فيها" أى فى هذه الجهالات هل هى مانعة لجواز البيع أم لا؟ فقالت عائشة رضى الله عنها: بالجواز، فإنها كانت تجيز البيع إلى العطاء، وكان ابن عباس لا يجيز، ونحن نأخذ بقول ابن عباس. ثم قيل: الجهالة اليسيرة هى ما كان الاختلاف فى التقدم والتأخر، وأما إذا اختلف فى وجوده كهبوب الريح كانت فاحشة. (ن)

(١٨) قوله: "ولأنه معلوم الأصل" أى أن أصل هذه الأشياء معلوم الوقوع فى تلك السنة، وإنما المجهول وصف التقدم

أنها تحتمل الجهالة فى أصل الدين بأن تكفل بما ذاب[١] على فلان، ففى الوصف أولى[٢]، بخلاف البيع فإنه لا يحتملها[٣] فى أصل الثمن[٤]، فكذا فى وصفه[٥]، بخلاف ما إذا باع مطلقًا[٦]، ثم أجّل الثمن إلى هذه الأوقات حيث جاز، لأن هذا تأجيل فى الدين، وهذه الجهالة[٧] فيه متحملة بمنزلة الكفالة، ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد، لأنه[٨] يبطل بالشرط الفاسد.

ولو باع إلي[٩] هذه الآجال[١٠]، ثم تراضيا[١١] بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس فى الحصاد، والدياس، وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضًا[١٢]، وقال زفر: لا يجوز لأنه وقع فاسدًا فلا ينقلب جائزًا، وصار كإسقاط الأجل فى النكاح إلى أجل[١٣]. ولنا: أن الفساد[١٤] للمنازعة، وقد ارتفع[١٥] قبل تقرره[١٦]، وهذه[١٧]

والتأخر، فكانت الجهالة يسيرة، حتى لو كفل إلى هبوب الريح، أو مجيء المطر لا يصح، لأن أصله غير معلوم فى تلك السنة. (ك)

(١) أى وجب.

(٢) قوله: "ففى الوصف أولى" لأن الوصف لا يخالف الأصل، فإن قيل: الوصف أدنى من الأصل، فلا يلزم أن يكون مثل الأصل فى كونه مفسدًا، قلنا: معنى الإفضاء إلى النزاع يشملهما، ولا منازعة فى الكفالة لأنه تبرع ابتداء، فتبتنى على المسامحة. (ك)

(٣) الجهالة.

(٤) حتى لو باع شيئًا بثمن مجهول لا يصح.

(٥) أى الأجل فإن الوصف لا يخالف الأصل.

(٦) أى بلا ذكر الأجل.

(٧) أى اليسيرة.

(٨) العقد.

(٩) قوله: "إلى هذه الآجال" احتراز عن البيع إلى هبوب الريح، ومجيء المطر تراضيا على إسقاط تلك الآجال. (ك)

(١٠) أعنى النيروز والمهرجان إلى آخر ما ذكر. (ع)

(١١) قوله: "ثم تراضيا إلخ" ولو باع إلى هبوب الريح، ثم تراضيا لا ينقلب إلى الجواز، لأن هذا غرر بخلاف الأول، وقال فى "المبسوط": الأجل ما يكون منتظر الوجود، وهبوب الريح، وأمطار السماء قد يتصل بكلامه، فهو ليس بأجل بل هو شرط فاسد. (ن)

(١٢) أى كما جاز إذا باع مطلقًا، ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات.

(١٣) قوله: "وصار كإسقاط [أى على أصلكم وعلى أصل زفر فالنكاح إلى أجل جائز. ن] إلخ" يعنى فى النكاح الموقت، يقول زفر: هذا على أصلكم لا يصح النكاح إذا أسقط الوقت، فكذا فى المسألة المتنازع فيه. (عينى)

(١٤) فى البيع.

(١٥) قوله: "وقد ارتفع [الأجل] إلخ" فصح البيع كما لو باع، فصًا فى خاتم أو جذعًا فى سقف، ثم نزعه وسلمه. (ن)

(١٦) وتقرره إنما يكون بحلول الأجل.

(١٧) قوله: "وهذه الجهالة إلخ" جواب عما يقال: إن الجهالة والفساد قد تقررت فى ابتداء العقد، فلا يفيد سقوطها، كما إذا باع الدرهم بالدرهمين، ثم أسقطا الدرهم الزائد. (عينى)

الجهالة فى شرط زائد[١]، لا فى صلب العقد[٢]، فيمكن إسقاطه.

بخلاف ما إذا باع الدرهم بالدرهمين، ثم أسقطا الدرهم الزائد[٣]، لأن الفساد فى صلب العقد[٤]، وبخلاف النكاح إلى أجل[٥]، لأنه متعة، وهو عقد غير عقد النكاح[٦]، وقوله فى الكتاب[٧]: ثم تراضيا خرج وفاقًا، لأن من له الأجل يستبد[٨] بإسقاطه[٩] لأنه[١٠] خالص حقه.

قال[١١]: ومن جمع[١٢] بين حر وعبد، أو شاة ذكية وميتة[١٣] بطل[١٤] البيع فيهما[١٥]، وهذا عند أبى حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: إن سمى لكل واحد منهما ثمنًا[١٦] جاز[١٧] فى العبد والشاة الذكية[١٨].

---

(١) الأجل.

(٢) أحد البدلين.

(٣) فلا يجوز.

(٤) أحد العوضين.

(٥) قوله: "وبخلاف النكاح إلخ" جواب عن قياس زفر على النكاح، وتقريره: إنا قد قلنا: إن العقد قد ينقلب جائزًا قبل تقرر المفسد، ولم نقل: إن عقداً ينقلب عقداً آخر، والنكاح إلى أجل متعة، وهى غير عقد النكاح، فلا تنقلب نكاحًا. (عناية)

(٦) قوله: "وهو عقد غير عقد النكاح" لأن عقد النكاح مندوب إليه والمتعة منهى عنه، فلا يمكن العود إلى لنكاح عند إسقاط الأجل لعدم عقد النكاح رأسًا. (عينى)

(٧) قوله: "وقوله: فى الكتاب [أى القدورى. عناية] إلخ" ولا يجوز البيع إلى الحصاد، والدياس، والقطاف، وقدوم الحاج، فإن تراضيا بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس فى الحصاد والقطاف، وقبل قدوم الحاج جاز البيع ستحسانًا. (قدورى)

(٨) أى ينفرد ويستقل.

(٩) الأجل.

(١٠) الأجل.

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) فى البيع.

(١٣) ماتت حتف أنفها.

(١٤) قوله: "بطل إلخ" فى "المبسوط" بلفظ الفساد فيهما حيث قال: فإذا أحدهما حر فالبيع فاسد فيهما، ولا شك فى أن البيع باطل فى الحر، أما فى القن فما ذكر فى "أصول الفقه" لشمس الأئمة يدل على أن العقد فى القن فاسد لا باطل، حيث قال أبو حنيفة: فيما إذا باع حراً وعبداً، وسمى ثمن كل واحد منهما لم ينعقد العقد صحيحًا، ولم يقل: لم ينعقد العقد فى العبد أصلا. (ك)

(١٥) سواء فصل الثمن أو لم يفصل. (ن)

(١٦) بأن قال: اشتريتهما بألف كل واحد منهما بخمس مائة.

(١٧) البيع.

وإن جمع بين عبد ومدبر، أو بين عبده وعبد غيره صح البيع فى العبد بحصته من الثمن عند علمائنا الثلاثة، وقال زفر: فسد[١] فيهما[٢]، ومتروك التسمية عامدًا[٣] كالميتة[٤]، والمكاتب وأم الولد كالمدبر[٥]، له: الاعتبار[٦] بالفصل الأول[٧]، إذ محلية البيع منتفية بالإضافة إلى الكل[٨].

ولهما: أن الفساد بقدر المفسد[٩]، فلا يتعدى[١٠] إلى القن، كمن جمع بين الأجنبية وأخته فى النكاح[١١]، بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد[١٢]، لأنه مجهول، ولأبى حنيفة -وهو الفرق بين الفصلين[١٣]- أن الحر[١٤] لا يدخل تحت العقد أصلا، لأنه ليس بمال، والبيع صفقة واحدة[١٥]، فكان القبول فى الحر شرطًا للبيع فى

(١٨) المذبوحة.

(١) البيع.

(٢) قوله: "فيهما [أى فى العبد والمدبر إلخ]" أى فى الفصلين، وهو الجمع بين العبد والمدبر، والجمع بين عبده وعبد غيره. (ك)

(٣) وأما ناسيًا فلا يضر.

(٤) قوله: "كالميتة [فإذا ضم الذكية مع متروك التسمية بطل البيع]" فإن قيل: ينبغى أن يجوز العقد فيما ضم إليه، لأنه مجتهد فيه كالمدبر، فإن الشافعى قائل بحله.

قلنا: حرمته منصوص عليها، ولا مساغ للاجتهاد فى مورد النص، وهو قوله: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾، فلا يعتبر خلافه، ولا ينفذ القضاء بقوله: ومن جمع بين وقف ومملوك صح فى الملك فى الأصح. (ك)

(٥) قوله: "كالمدبر" يعنى إذا ضم المكاتب، أو أم الولد مع العبد يصح البيع فى العبد بحصته من الثمن. (عينى)

(٦) أى القياس.

(٧) يعنى الجمع بين الحر والعبد. (عناية)

(٨) أى الحر والميتة، والمدبر، وعبد الغير.

(٩) قوله: "بقدر المفسد" يعنى أن الفساد بقدر ما يفسد العقد إذا سمى لكل واحد منهما ثمنًا إذ الحكم يثبت بقدر دليله، والمفسد فى الحر كونه ليس بمال محل للبيع، وهو مختص به. (عينى)

(١٠) الفساد.

(١١) قوله: "كمن جمع بين إلخ" بأن قال: زوجتكما بألف فالنكاح جائز فى الأجنبية دون أخته. (مل)

(١٢) من الحر والعبد.

(١٣) أى فصل الحر وفصل المدبر مع القن. (عناية)

(١٤) قوله: "أن الحر إلخ" بيانه: إن من جمع بين شيئين فى العقد فقد جعل قبول العقد فى كل واحد منهما شرطًا للعقد على الآخر، ولهذا لا يملك المشترى القبول فى أحدهما دون الآخر، والحر والميتة لا يقبلان البيع أصلا، لأنهما ليسا بمال، فيكون جاعلا قبول العقد فيما لا يقبل العقد أصلا شرطًا للعقد على العبد والذكية، وهو شرط فاسد، والبيع يفسد بالشروط الفاسدة بخلاف النكاح، فإنه لا يبطل. (ك)

(١٥) قوله: "صفقة واحدة" فإن قيل: إذا بين ثمن كل واحد منهما تكون الصفقة متفرقة، فحينئذ لا يكون القبول فى الحر شرطًا فى العبد، قلنا: إذا لم يكرر الإيجاب تكون الصفقة متحدة وإن سمى لكل واحد من المبيع ثمنًا،

العبد، وهذا شرط فاسد[١]. بخلاف[٢] النكاح لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة[٣]، وأما البيع[٤] في هؤلاء موقوف[٥]، وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية[٦]، ولهذا[٧] ينعقد في عبد الغير بإجازته، وفي المكاتب برضاه[٨] في الأصح[٩]، وفي المدبر بقضاء القاضي، وكذا[١٠] في أم الولد[١١] عند أبي حنيفة وأبي يوسف إلا أن المالك[١٢] باستحقاقه المبيع[١٣]، وهؤلاء[١٤] باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع، فكان[١٥] هذا إشارة إلى البقاء[١٦]، كما إذا اشترى عبدين، وهلك أحدهما قبل القبض[١٧]، وهذا[١٨] لا

وعند اتحاد الصفقة كان قبول كل واحد منهما شرطًا لصحة البيع في الآخر، فكان قبول الحر شرطًا لصحة البيع في العبد، وهو شرط فاسد، فيفسد به البيع. (ك)

(١) قوله: "وهذا شرط فاسد" فيه بحث لأن الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه، حتى يكون في معنى الربا، وليس في قبول العقد في الحر منفعة لأحدهما، ولا للمعقود عليه، فلا يكون شرطًا فاسدًا. وأجيب: بأن في قبول العقد في الحر منفعة للبائع فإنه إذا باعهما بألف، والحر ليس بمال يقابله بدل، فكأنه قال: بعت هذا العبد بخمس مائة على أن تسلم إلى خمس مائة أخر، فيقع فضل خال عن العوض في البيع، وهو الربا. (ع)

(٢) جواب عن قياسهما على النكاح. (عناية)

(٣) بخلاف البيع.

(٤) قوله: "وأما البيع إلخ" متصل بقوله: إن الحر لا يدخل تحت العقد، وأراد بهؤلاء المدبر، والمكاتب، وأم الولد، وعبد الغير. (عيني)

(٥) قوله: "موقوف" وما في أول الباب: وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب باطل، فالجواب إذا لم يجز المكاتب، ولم يقض القاضي بجواز بيع أم الولد والمدبر يدل على ذلك تمام كلامه هناك. (ع)

(٦) لأن المالية باعتبار الرق والتقوم، وهما موجودان. (ع)

(٧) أي لكون بيع هؤلاء موقوفًا.

(٨) المكاتب.

(٩) قوله: "في الأصح" روى عن أبي حنيفة وأبي يوسف في النوادر بخلافه، وذلك غير معتمد عليه. (ن)

(١٠) يجوز.

(١١) قوله: "وكذا في أم الولد إلخ" وهذا بناء على أن جواز بيع أم الولد مختلف بين الصحابة. جوز علي كرم الله وجهه بيع أم الولد، والباقون لم يجوزوه، ثم أجمع المتأخرون على عدم جواز بيع أم الولد، والإجماع المتأخر يكون رافعا للاختلاف المتقدم عند محمد، وعندهما لا يكون رافعا، فلهذا يجوز بيعها بقضاء القاضي عندهما. (ك)

(١٢) قوله: "إلا أن المالك إلخ" جواب من يقول: لما دخل هؤلاء تحت العقد بقيام المالية ينبغي أن لا يكون بيع هؤلاء فاسدًا، فأجاب بقوله: إلا أن إلخ، استثناء من قوله: قد دخلوا إلخ، يعني أن البيع الموقوف إذا رد من له ذلك بطل، وههنا كذلك، لأن المالك، وهؤلاء ردوه، ولهم ذلك لاستحقاق المالك استحقاق هؤلاء أنفسهم. (عيني)

(١٣) أي عبد الغير.

(١٤) أي المدبر، والمكاتب، وأم الولد.

(١٥) قوله: "فكان هذا" أي فكان قوله ردوا البيع إشارة إلى انعقاد البيع وبقاءه، حتى يحتاجوا إلى الرد. (ك)

(١٦) لأن رد البيع بدون الانعقاد لا يصح. (ن)

(١٧) فالعقد يبقى في الباقي بحصته من الثمن.

يكون[١] شرط القبول في غير المبيع، ولا بيعًا بالحصة ابتداء[٢]، ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد[٣] فيه.

فصل في أحكامه[٤]

وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد[٥] بأمر البائع[٦]، وفي العقد عوضان، كل واحد منهما مال ملك المبيع، ولزمته قيمته، وقال الشافعي: لا يملكه وإن[٧] قبضه، لأنه[٨] محظور[٩]، فلا ينال به نعمة الملك[١٠]، ولأن النهي[١١] نسخ[١٢] للمشروعية للتضاد[١٣]، ولهذا[١٤] لا يفيده[١٥] قبل القبض، وصار كما إذا باع بالميتة[١٦]، أو باع بالخمر بالدراهم.

---

(١٨) أي الجمع بين القن والمدبر وأم الولد، والمكاتب.

(١) لأنهم دخلوا تحت البيع.

(٢) قوله: "ولا بيعًا إلخ" البيع بالحصة ابتداء لا يجوز لجهالة الثمن، وصورته باع عبدين بألف درهم على أن يكون ثمن كل واحد منهما ما حصل من انقسام الثمن على قيمتيهما، وبيع الحر مع العبد كذلك، لأنه ليس بمال، فصار كأن قال: بعت هذين أي الحر والعبد بثمن كذا على أن يكون ثمن العبد ما يحصل من المسمى بعد انقسامه على قيمته، وقيمة الحر لو فرض عبدًا فلا يجوز. وبيع العبد مع المدبر يجوز، لأن المدبر محل البيع في الجملة، فيصير بيع بالحصة انتهاء، وهو جائز كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض. (مولانا عبد الحليم نور الله مرقده)

(٣) من العبد والمدبر.

(٤) لما كان حكم الشيء أثره وهو تابعه فذكر أحكام البيع الفاسد عقيبه.

(٥) قيد بالفاسد لأن الباطل لا يفيد شيئًا.

(٦) قوله: "بأمر [إذن] البائع" أي بإذنه صريحًا أو دلالة، بأن يقبضه في المجلس بحضرته، فإن لم يقبضه في المجلس بحضرة البائع لم يملكه. "وفي العقد عوضان" قيد به لفائدة، وهي أنه إذا كان أحد العوضين، أو كلاهما غير مال فالبيع باطل كالبيع بالميتة، والدم والحر. (عيني)

(٧) والواو متصلة.

(٨) البيع الفاسد.

(٩) لكونه منهيًا عنه. (ك)

(١٠) قوله: "فلا ينال إلخ" لاشتراط الملائمة بين المؤثر والأثر، والملك نعمة لكونه ذريعة إلى قضاء المآرب، ووسيلة إلى درك المطالب. (ك)

(١١) أي نهي البيع الفاسد.

(١٢) أي على أصل الشافعي. (ك)

(١٣) قوله: "للتضاد" أي بين النهي والمشروعية، إذ النهي يقتضي القبح، والمشروعية يقتضي الحسن، وبينهما منافاة. (ب)

(١٤) أي لعدم المشروعية.

(١٥) الملك.

(١٦) وقبضها المشتري، فإنه لا يفيد الملك.

ولنا: أن ركن البيع(١) صدر(٢) من أهله(٣) مضافًا(٤) إلى محله(٥)، فوجب القول(٦) بانعقاده(٧)، ولا خفاء في الأهلية والمحلية، وركنه مبادلة المال بالمال، وفيه الكلام(٨)، والنهي(٩) يقرر(١٠) المشروعية عندنا لاقتضاءه(١١) التصور، فنفس البيع

(١) الإيجاب والقبول.

(٢) بالرضاء.

(٣) أي العاقل البالغ.

(٤) حال.

(٥) قوله: "إلى محله" لأن المبيع فيه مال، والثمن مال من وجه لميلان طباع النفس إلى الخمر والخنزير، غير أنه ليس بمتقوم لإهانة الشرع. (عيني)

(٦) لوجود الشرائط.

(٧) البيع.

(٨) قوله: "وفيه الكلام" أي الخلاف فيما إذا كان مبادلة المال بالمال، أما إذا لم يكن العوضان، أو أحدهما مالا فالبيع باطل إجماعًا لعدم ركنه، ولا نزاع فيه. (ك)

(٩) جواب عما قال: ولأن النهي إلخ.

(١٠) لأن النهي يراد به عدم الفعل مضافًا إلى اختيار العبد، فيعتمد تقويمه. (ك)

(١١) قوله: "لاقتضاءه" أي لاقتضاء النهي تصور المنهي عنه، وإلا يلزم ورود النهي في شيء لا يتكون وهو سفه، حتى لا يقال للآدمي: لا ينظر، وللأعمى لا تبصر، فالنهي يكون عما يتكون ليكون العبد مبتلى بين أن يترك باختياره فيثاب، وبين أن يأتي به فيعاقب عليه، كذا قال العيني. (مل)

قوله: "لاقتضاءه التصور إلخ" حاصل المسألة: أن النهي المطلق عن الأفعال الشرعية محمول على بطلانها عند الأكثرين من أصحاب الشافعي، وهذا هو الظاهر من مذهبه، وإليه ذهب بعض المتكلمين، وعند بعض أصحابنا لا يدل على ذلك، وإليه مال بعض أصحاب الشافعي، كالغزالي، وأبي بكر القفال الشاشي، وهو قول عامة المتكلمين، وذهب بعضهم إلى أنه يدل على الفساد في العبادات دون المعاملات. ثم القائلون بأنه يدل على البطلان مطلقًا أي في العبادات والمعاملات اختلفوا في ما بينهم، فقال بعضهم: يدل عليه لغة، وقال بعضهم: يدل عليه شرعًا، لا لغةً، والقائلون بأنه لا يدل على البطلان أيضًا اختلفوا في ما بينهم، فذهب أصحابنا إلى أنه يدل على الصحة، وذهب غيرهم كالغزالي إلى أنه لا يدل عليها. والصحة في العبادات عند الفقهاء عبارة عن كون الفعل مسقطا للقضاء، وعند المتكلمين عن موافقة أمر الشارع وجب القضاء، أو لم يجب، فصلاة من ظن أنه متطهر، وليس كذلك صحيحة عند المتكلمين لموافقة أمر الشارع بالصلاة على حسب حاله غير صحيحة عند الفقهاء لكونها غير مسقطة للقضاء، وفي عقود المعاملات معنى الصحة كون العقد سببًا لترتب ثمراته المطلوبة عليه شرعًا كالبيع للملك. وأما البطلان فمعناه في العبادات عدم سقوط القضاء بالفعل، وفي المعاملات خروجها عن كونها أسبابًا مفيدة للأحكام على مقابلة الصحة، وأما الفساد فيرادف البطلان عند أصحاب الشافعي، وكلاهما عبارة عن معنى واحد، وعندنا هو قسم ثالث مغاير للصحيح والباطل، وهو ما كان مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه. وذكر صاحب "الميزان" فيه: أن الصحيح ما استجمع أركانه وشرائطه بحيث يكون معتبرًا شرعًا في حق الحكم، فيقال: صلاة صحيحة، وصوم صحيح، وبيع صحيح إذا وجدت أركانه وشروطه، قال: وتبين بهذا أن الصحة ليست بمعنى زائد على التصرف، والفاسد ما كان مشروعًا في نفسه فائت المعنى من وجه لملازمة ما ليس مشروعًا إياه، والباطل ما كان فائتًا للمعنى من كل وجه مع وجود الصورة، إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية التصرف كبيع المجنون والصبي الذي لا يعقل.

واعلم أن الصحة عندنا قد يطلق أيضًا على مقابلة الفاسد كما يطلق على مقابلة الباطل، فإذا حكمنا على شيء

مشروع وبه تنال نعمة الملك، وإنما المحظور[(١)] ما يجاوره[(٢)] كما فى البيع[(٣)] وقت النداء، وإنما[(٤)] لا يثبت الملك[(٥)] قبل القبض كيلا يؤدى[(٦)] إلى تقرير الفساد المجاور[(٧)]، إذ هو[(٨)] واجب الرفع بالاسترداد[(٩)] فبالامتناع[(١٠)] عن المطالبة أولى.

ولأن السبب[(١١)] قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح، فيشترط اعتضاده بالقبض فى إفادة الحكم[(١٢)] بمنزلة الهبة[(١٣)]، والميتة[(١٤)] ليست بمال فانعدم الركن، ولو كان[(١٥)] الخم

بالصحة فمعناه أنه مشروع بأصله ووصفه جميعًا، بخلاف الباطل فإنه ليس بمشروع أصلا، وبخلاف الفاسد، فإنه مشروع بأصله غير مشروع بوصفه، فالنهى عن التصرفات الشرعية يدل على الصحة بالمعنى الأول عندنا من حيث إن المنهى عنه يصلح لإسقاط القضاء فى العبادات كما إذا نذر صوم يوم النحر وأداه فيه لا يجب القضاء، ولترتب الأحكام فى المعاملات، ولا يدل عليها بالمعنى الثانى، لأنه ليس بمشروع بوصفه وإن كان مشروعًا بأصله. (كشف الأسرار)

(١) قوله: "وإنما المحظور ما يجاوره" فإن قيل: هذا من قبيل ما يتصل به المعنى وصفًا، لا من قبيل ما يجاور المعنى جمعا كما عرف فى أصول الفقه، قلنا: أراد بالمجاور أن الفساد ليس لمعنى فى عين المنهى عنه بل لمعنى فى غير المنهى عنه، وهو الشرط الزائد مثلا. (ك)

(٢) فنفس البيع مشروع، والكراهة لأجل المجاور.

(٣) قوله: "كما فى البيع وقت النداء" فإن النهى ثمة ورد لمعنى فى غير المنهى عنه وهو الاشتغال عن السعى بسبب البيع، والاشتغال عن السعى غير البيع، فإن قلت: ذلك البيع مكروه، وهو فاسد، فما وجه الإلحاق، قلنا: هما سيان فى أن النهى فيهما غير راجع إلى عين المنهى عنه، وإنما يرجع إلى غيره لكن ذلك الغير ههنا متصل به وصفا، فأثر فى الفساد، وثمة مجاور، فأثر فى الكراهة إظهارا للقصور. (مل)

(٤) جواب عن قول الشافعى، ولهذا لا يفيده قبل القبض.

(٥)قوله: "وإنما لا يثبت الملك إلخ" تقرير ذلك أنه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن، ووجب على البائع تسليم المبيع، لأنهما من موجب العقد، فيتقرر الفساد، وهو لا يجوز، لأنه واجب الرفع بالاسترداد وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز تقريره، ولما كان واجب الرفع بالاسترداد يعنى إذا كان المبيع مقبوضًا فلأن يكون واجب الرفع بالامتناع عن مطالبة أحد المتعاقدين أولى، لكونه أسهل لسلامته عن المطالبة والإحضار والتسليم، ثم الرفع بالاسترداد. (عناية)

(٦) قوله: "كيلا يؤدى إلخ" وذلك لأنا لو أثبتنا الملك قبل القبض لكنا مثبتين ذلك بالبيع الفاسد، لأنه لا موجب للملك هناك سواه، والبيع مشروع بشرع الله تعالى، فكان الفساد حينئذ مضافًا إلى الشارع، فكان فيه تقرير الفساد، ولا يجوز ذلك. أما لو قلنا بثبوت الملك بعد القبض كان القبض مثبتًا للملك لوجوب الضمان على القابض كما فى القبض على سوم الشراء، فكان تقرير الفساد مضافًا إلى العباد، وذلك ليس ببعيد. (ك)

(٧) للبيع.

(٨) قوله: "إذ هو [الفساد] إلخ" يعنى أن القبض واجب الدفع والنقض بالاسترداد بعد القبض رفعا للفساد المتصل به، فلأن لا يجب الملك قبل القبض حتى يثبت الامتناع عن المطالبة أولى، لأن هذا أسهل وأبعد عن العبث، إذ لو قلنا يسلم ثم يسترد المبيع من المشترى بعد القبض كان فيه نوع عبث. (ك)

(٩) أى طلب رد المبيع من المشترى.

(١٠) أى امتناع المشترى عن مطالبته تسليم المبيع.

(١١) قوله: "ولأن السبب [البيع الفاسد] إلخ" يعنى أن سبب الملك قد ضعف لاقتران الشرط الفاسد به، والشىء إذا كان ضعيفًا واهيًا لا يترتب عليه حكمه وموجبه، إلا بانضمام ما يؤكده كما فى الهبة، فيكون انعدام الملك قبل القبض لقصور السبب فى نفسه لا لمانع آخر. (ك)

مثمنًا[١]، فقد خرجناه[٢] وشيء آخر[٣]، وهو أن في الخمر الواجب هو القيمة، وهي تصلح ثمنًا لا مثمنًا[٤]. ثم شرط[٥] أن يكون القبض بإذن[٦] البائع، وهو[٧] الظاهر[٨] إلا أنه يكتفي به دلالة كما إذا قبضه[٩] في مجلس العقد استحسانًا[١٠]، وهو الصحيح[١١]، لأن البيع تسليط منه على القبض، فإذا قبضه[١٢] بحضرته قبل الافتراق[١٣]، ولم ينهه[١٤] كان[١٥] بحكم التسليط السابق[١٦]، وكذا[١٧] القبض في

---

(١٢) الملك.

(١٣) في الاحتياج إلى ما يعضد العقد، وهو القبض.

(١٤) قوله: "والميتة ليست بمال إلخ" جواب عن قياس الشافعي المتنازع فيه على البيع بالميتة، تقريره: أن الميتة ليست بمال، وما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه. (مل)

(١٥) جواب لقوله: أو باع الخمر بالدراهم.

(١) مبيعًا.

(٢) قوله: "فقد خرجناه [ذكرنا تخريجه. ن]" وهو ما ذكر في أول الباب أن المبيع هو المقصود في البيع، وفي جعل الخمر مبيعاً مقصوداً إعزاز له، والشرع أمر بإهانته، وترك إعزازه، فكان بيع الخمر باطلا. (ك)

(٣) قوله: "وشيء آخر [سوى ما ذكر هناك]" أي دليل آخر على بطلان بيع الخمر، وهو أن القيمة تصلح ثمنًا لا مثمنًا يعني لو انعقد البيع على الخمر يجب على البائع قيمة الخمر لأن المسلم ممنوع عن تسليم الخمر، وتسلمها، فلو قلنا بالانعقاد فيما إذا اشترى الخمر بالدراهم لجعلنا القيمة مثمنًا، لأن كل عين من الأعيان بمقابلة الدراهم والدنانير في البيع مثمن، أي مبيع لتعين الدراهم والدنانير للثمنية خلقة شرعًا، وما عهدنا أن يكون القيمة مثمنًا في صورة من صور البياعات، فيؤدي إلى تغيير المشروع. وأما إذا جعل بمقابلة الخمر ثوبًا، أو غيره من العروض كانت الخمر ثمنًا، والثمن يجري مجرى الوصف، فيجب على المشتري قيمة الثوب، فكانت القيمة في محلها، فلا يحكم بالبطلان لكنه يفسد.(ن)

(٤) مبيعًا.

(٥) أي القدوري في "مختصره".

(٦) فالمراد من الأمر الإذن. (ك)

(٧) شرط الإذن.

(٨) أي ظاهر الرواية.

(٩) مشتري بحضرته.

(١٠) أي من حيث الاستحسان.

(١١) قوله: "وهو الصحيح" احتراز عما ذكره صاحب "الإيضاح"، وسماها الرواية المشهورة فقال: وما قبضه بغير إذن البائع في البيع الفاسد، فهو كما لم يقبض، وهذه هي الرواية المشهورة، ووجهها أن العقد إذا وقع فاسدًا لم يتضمن تسليطًا على القبض، لأن التسليط لو ثبت إنما يثبت شرعًا، والفاسد يجب إعدامه، فلم يثبت المقتضى وهو التسليط على القبض، وهذا بخلاف ما إذا وهب، لأن التصرف وقع صحيحًا. (مل)

(١٢) المشتري.

(١٣) وبعد الافتراق لا بد من الإذن الصريح.

(١٤) مشتري، أي من القبض

(١٥) القبض.

الهبة فى مجلس العقد[(١)] يصح استحسانًا، وشرط أن يكون فى العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع، وهو مبادلة المال بالمال، فيخرّج عليه[(٢)] البيع بالميتة[(٣)]، والدم والحر، والريح[(٤)]، والبيع مع نفى الثمن[(٥)]، وقوله[(٦)]: لزمته[(٧)] قيمته[(٨)] فى ذوات القيم[(٩)]، فأما فى ذوات الأمثال[(١٠)] يلزمه[(١١)] المثل، لأنه[(١٢)] مضمون[(١٣)] بنفسه بالقبض، فشابه الغصب[(١٤)]، وهذا[(١٥)] لأن المثل صورة، ومعنى أعدل من المثل[(١٦)] معنًى[(١٧)].

---

(١٦) ويثبت الملك. (ك)

(١٧) قوله: "وكذا القبض إلخ" يعنى يكتفى بسكوت الواهب، وعدم نهيه الموهوب له عن القبض.

(١) قوله: "فى مجلس العقد" إنما توقف على المجلس لأن القبض ركن فى باب الهبة، وأنه ينزل منزلة القبول فى حق الحكم، فكما أن القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض. (نهاية)

(٢) أى على هذا الاشتراط.

(٣) قوله: "البيع بالميتة إلخ" ويجعل الكل باطلا لعدم المالية فى هذه الأشياء سواء كانت ثمنًا أو مثمنًا، لكن ذكر جهة الأثمان ليعلم أنها إن كانت مبيعة كان البيع أولى بالبطلان. (عناية)

(٤) قوله: "والريح" بأن قال: بعت هذا العبد بالريح التى تهب من مكان الجانب الشمالى، وذلك المكان ملك له.

(٥) قوله: "والبيع مع نفى الثمن" أى فى رواية، لأنه إذا نفى الثمن فقد نفى الركن عن العقد، فلم يكن بيعًا، وفى رواية ينعقد، لأن نفيه لم يصح، لأنه نفى بحكم العقد، وإذا لم يصح نفيه صار كأنه سكت عن ذكر الثمن، ولو باع وسكت عن ذكر الثمن ينعقد البيع ويثبت الملك بالقبض، لأن مطلق العقد يقتضى المعاوضة فإذا سكت كان غرضه قيمته، فكأنه باع بقيمته. (كفاية)

(٦) أى قول القدورى. (ع)

(٧) قوله: "لزمته قيمته [أى عند الهلاك]" وإنما وجبت القيمة فى البيع الفاسد لأن الأصل أن ينعقد البيع بقيمة المبيع، لأن العدل فيه، غير أن فى القيمة ضرب جهالة لاختلاف المقومين، أقيم المسمى مقامها صيانة للبيع عن الفساد، وإذا فسد البيع بوجه آخر تعذر العدول عن القيمة إلى المسمى، فيصار إلى الأصل. (كفاية)

(٨) أى معناه إذا كان المبيع من ذوات إلخ.

(٩) كالحيوانات والعدديات المتفاوتة.

(١٠) كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة.

(١١) قوله: "يلزمه المثل" ولا يلزم الثمن حتى لا يلزم تقرير البيع الفاسد. (مل)

(١٢) قوله: "لأنه إلخ" أى لأن المبيع مضمون بنفسه، أى بماليته فى البيع الفاسد لا بالتسمية، وأما البيع الصحيح فالبيع مضمون فيه بالتسمية وهى الثمن. (مل)

(١٣) فى البيع الفاسد.

(١٤) والحكم فى الغصب كذلك.

(١٥) أى وجوب المثل فى ذوات الأمثال.

(١٦) فلا يعدل عنه بلا ضرورة.

(١٧) قيمة.

قال[١]: ولكل واحد من المتعاقدين فسخه[٢] رفعًا للفساد، وهذا[٣] قبل القبض ظاهر، لأنه[٤] لم يفد حكمه[٥]، فيكون الفسخ امتناعًا منه[٦]، وكذا[٧] بعد القبض إذا كان الفساد في صلب العقد[٨] لقوته، وإن كان الفساد بشرط زائد، فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد[٩] إلا أنه لم يتحقق المراضاة[١٠] في حق من له الشرط[١١]. قال[١٢]: فإن باعه المشترى[١٣] نفذ بيعه لأنه ملكه، فملك التصرف فيه[١٤]، وسقط[١٥] حق الاسترداد[١٦] لتعلق حق[١٧] العبد[١٨] بالثاني[١٩]، ونقض

---

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "فسخه [البيع الفاسد]" بحضرة صاحبه عندهما، وعند أبي يوسف بغير حضرته أيضًا. (ن).
قوله: "فسخه" أى ولاية الفسخ، وأما باعتبار الحق فالفسخ حق الله تعالى لأن إعدام الفساد واجب.

(٣) أى كون حق الفسخ لكل.

(٤) البيع الفاسد.

(٥) الملك.

(٦) أى من الحكم.

(٧) أى لكل فسخه.

(٨) قوله: "فى صلب العقد" صلب الشيء ما يقوم به ذلك الشيء، وقيام العقد بالعوضين، فكل فساد تمكن في أحد العوضين يكون فسادًا في صلب العقد كبيع درهم بدرهمين، وبيع ثوب بخمر أو خنزير لقوة الفساد، فيجب إعدامه حقًّا للشرع. (ك)

(٩) قوله: "بشرط زائد" بأن باعه على أن يقرضه أو يهبه كذا، أو باعه إلى أجل مجهول.
"فلمن له الشرط [بحضرة صاحبه. ن] ذلك [جواز الفسخ]" أى الفسخ، ومن له الشرط أى منفعة الشرط هو البائع في صورة الإقراض، والمشترى في صورة الأجل. "دون من عليه لقوة العقد" يعنى أن فسخ من عليه لا يجوز، لأن العقد قوى، لأن الشرط دخل في أمر زائد لا في صلب العقد. (عينى)

(١٠) قوله: "إلا [استثناء من قوله: لقوة العقد] أنه إلخ" جواب سؤال يرد على قوله: لقوة العقد، يعنى لما كان العقد قويًا كان القياس أن لا يفسخ من له الشرط أيضًا. (عينى)

(١١) فله أن يفسخ.

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) بالشراء الفاسد.

(١٤) قوله: "فملك التصرف [من البيع، والهبة، والإعتاق. ن] إلخ" ورد بأن المبيع لو كان مأكولا لم يحل أكله، ولو كانت جارية لم يحل وطئها، ذكره في "شرح الطحاوى"، فلم يملك التصرف مطلقًا، وأجيب بالمنع، فإن محمد نص في كتاب الاستحسان على حلتهما، لأن البائع سلطه على ذلك، وذكر شمس الأئمة الحلوانى أنه يكره الوطئ ولا يحرم، فالمذكور في "شرح الطحاوى": يحمل على عدم الطيب، ولئن سلم فالوطئ مما لا يستباح بصريح التسليط، فبدلالته أولى، وجواز التصرف باعتبار أصل الملك، وهو ينفك عن صفة الحل. (عناية)

(١٥) بالتصرف.

(١٦) للبائع الأول.

(١٧) قوله: "لتعلق حق إلخ" فإن قيل: كان ينبغى أن ينقطع حق استرداد البائع من وارث المشترى شراء فاسدًا لتعلق

الأول[١] لحق الشرع، وحق العبد[٢] مقدم لحاجته[٣]، ولأن الأول[٤] مشروع بأصله[٥] دون وصفه[٦]، والثانى[٧] مشروع بأصله[٨] ووصفه، فلا يعارضه مجرد الوصف، ولأنه حصل بتسليط[٩] من جهة البائع[١٠]، بخلاف تصرف المشترى فى الدار المشفوعة[١١]، لأن كل واحد منهما[١٢] حق العبد، ويستويان[١٣] فى المشروعية، وما حصل بتسليط من الشفيع[١٤].

حق الوارث، ولم ينقطع كما لا يبقى له حق الاسترداد من الموصى له. قلنا: إنما كان كذلك لأن ملك الوارث فى حكم عين ما كان للمورث، ولهذا يرد بالعيب، ويرد عليه، وذلك الملك كان مستحق النقض، فانتقل إلى الوارث كذلك حتى لو مات البائع كان لوارثه أن يسترد المبيع من المشترى بحكم الفساد، وأما الموصى له فهو بمنزلة المشترى الثانى، لأن له ملكًا متجدداً لثبوته بسبب اختيارى منشأ ولهذا لا يرد بالعيب. (*)

(١٨) المشترى الثانى.

(١٩) أى بالبيع الثانى.

(١) أى البيع الأول.

(٢) إذا اجتمع مع حق الشرع.

(٣) قوله: "مقدم لحاجته [أى أن العبد محتاج، والله أغنى]" فإن قيل: يشكل على هذا ما إذا كان حلالاً، وفى يده صيد، ثم أحرم يجب عليه إرساله، وفيه تقديم لحق الله تعالى على حق العبد قلنا: الواجب الجمع بين الحقين وإنما يصار إلى الترجيح إذا لم يمكن، وههنا أمكن بأن يرسل من يده فى موضع بحيث لا يضيع ملكه. (ك)

(٤) البيع الأول.

(٥) إذ لا فساد فى أصل البيع.

(٦) لدخول الفساد.

(٧) البيع الثانى.

(٨) إذ لا فساد فيهما جميعًا.

(٩) قوله: "ولأنه حصل إلخ" معناه أن البيع الثانى حصل بتسليط البائع الأول، حيث كان القبض بإذنه، فاسترداده نقض ما تم من جهته، وذلك باطل، ونو قض باسترداده قبل وجود البيع الثانى فإنه نقض ما تم من جهته، والجواب إنا لا نسلم التمام فيه فإن كلا من المتعاقدين يملك الفسخ والتمام فيه، فإذا باع المشترى فقد انتهى ملكه، فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته. (عناية)

(١٠) الأول.

(١١) قوله: "بخلاف تصرف [متصل بقوله: يسقط حق الاسترداد] إلخ" جواب عما يقال: لو كان تعلق حق الغير بالمشترى مانعًا عن النقض لم ينتقض تصرفات المشترى فى الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقه بها لكن للشفيع أن ينقضهما. (عينى)

(١٢) حق شفيع وحق مشترى.

(١٣) لأن كل واحد من تصرف الشفيع والمشترى مشروع غير موصوف بالفساد.

(١٤) قوله: "وما حصل إلخ" يعنى إن هذه التصرفات التى وجدت من المشترى فى الدار المشفوعة، ما وجدت بتسليط من الشفيع حتى يقال: بأن فى نقضها سعيا فى نقض ما تم من جهته، بخلاف المبيع بيعًا فاسداً، فإن تصرف المشترى هناك وجد بتسليط من البائع، فلا يجوز له نقض تصرفات المشترى منه، إذ لو جاز يلزم السعى فى نقض ما تم من

قال[١]: ومن اشترى عبداً بخمر، أو خنزير، فقبضه وأعتقه، أو باعه[٢]، أو وهبه وسلمه، فهو جائز، وعليه القيمة[٣]؛ لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض، فينفذ تصرفاته، وبالإعتاق قد هلك[٤]، فتلزمه القيمة، وبالبيع والهبة[٥] انقطع الاسترداد على ما مر[٦]. والكتابة[٧] والرهن نظير البيع، لأنهما لازمان[٨] إلا أنه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب[٩]، وفك الرهن لزوال المانع. وهذا[١٠] بخلاف الإجارة، لأنها تفسخ بالأعذار[١١]، ورفع الفساد عذر، ولأنها تنعقد[١٢] شيئًا فشيئًا[١٣]، فيكون الرد امتناعًا. قال[١٤]: وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن[١٥]، لأن المبيع مقابل به، فيصير[١٦] محبوسًا به كالرهن[١٧]، وإن مات

جهته. وفي الذخيرة: لأن التسليط إنما يثبت بالإذن نصًا، أو بإثبات الملك للتصرف، ولم يوجد واحد منهما من الشفيع. (ك)

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٢) كرر لفظ البيع كراهة أن يغير لفظ محمد. (عناية)

(٣) أي قيمة العبد.

(٤) كمغصوب هلك.

(٥) والتسليم.

(٦) من تعلق حق العبد.

(٧) أي كاتبه أو رهنه.

(٨) قوله: "لأنهما لازمان" فإن الرهن إذا اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن كالكتابة في حق المولى، وإذا لم يتصل الرهن بالقبض فالراهن بالخيار إن شاء سلمه إلى المرتهن، وإن شاء يرجع عن الرهن. (مل)

(٩) قوله: "بعجز المكاتب [عن أداء الكتابة] إلخ" وليس لتخصيصهما زيادة فائدة، لأن عود الاسترداد في جميع الصور إذا انتقض هذه التصرفات حتى لو رد عليه بعيب في البيع قبل القضاء بالقيمة كان له الاسترداد، وكذلك إذا رجع في الهبة بقضاء أو لغيره، ثم عود الاسترداد في الجميع إذا لم يقض بالقيمة، أما إذا كان عجز المكاتب ونحوه بعد القضاء فلا. (ن)

(١٠) قوله: "وهذا" أي انقطاع حق الاسترداد بالتصرفات المذكورة، بخلاف الإجارة، فإن حق الإسترداد فيها لا ينقطع. (عيني)

(١١) قوله: "لأنها تفسخ إلخ" ولم يذكر محمد من يفسخ الإجارة، وذكر في "النوادر": أن القاضي هو الذي يفسخ، والتزويج يشبه الإجارة لوروده على المنفعة، والبيع يرد على ملك الرقبة، والفسخ يرد على ملك الرقبة أيضًا، فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة، والنكاح على حاله قائم، كذا في "الذخيرة" و"الإيضاح". (ك)

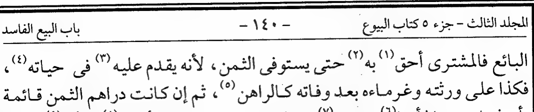
(١٢) قوله: "ولأنها تنعقد إلخ" أي لأن الإجارة تنعقد على المنافع، وهي تحدث شيئًا فشيئًا، ففي وقت رد العقد كان الرد امتناعًا من انعقاد العقد في حق المنفعة التي تحدث بعده لعدم الضرورة، فلا يكون فيه رفع العقد الثابت. (عيني)

(١٣) ساعة فساعة.

(١٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٥) قوله: "حتى يرد الثمن [الذي أخذه من المشتري]" قال في "النهاية": أي القيمة التي أخذها من المشتري، وليس بواضح، بل المراد به ما أخذه البائع في مقابلة المبيع عرضًا كان أو نقدًا، ثمنًا أو قيمةً. (ع)

(١٦) المبيع.



البائع فالمشترى أحق[١] به[٢] حتى يستوفى الثمن، لأنه يقدم عليه[٣] فى حياته[٤]، فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن[٥]، ثم إن كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها[٦] تتعين[٧] فى البيع الفاسد، وهو الأصح[٨]، لأنه[٩] بمنزلة الغصب، وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا[١٠].

قال[١١]: ومن باع داراً بيعاً فاسداً، فبناها المشترى[١٢]، فعليه[١٣] قيمتها عند أبى حنيفة، رواه[١٤] يعقوب[١٥] عنه فى "الجامع الصغير"[١٦]، ثم شك[١٧] بعد ذلك فى الرواية[١٨]، وقالا: ينقض البناء وترد الدار[١٩]، والغرس على هذا الاختلاف[٢٠].

لهما: أن حق الشفيع أضعف[٢١] من حق البائع، حتى يحتاج فيه إلى القضاء،

---

(١٧) قوله: "كالرهن" فإنه يصير محبوساً بالدين إلا أن الرهن مضمون بأقل من قيمته ومن الدين، وههنا المبيع مضمون بجميع قيمته، كما فى الغصب. (ك)

(١) من غرماء الميت.

(٢) المبيع.

(٣) البائع.

(٤) البائع.

(٥) قوله: "كالراهن [وفى نسخة: كالمرتهن]" فإنه إذا مات وله ورثة وغرماء فالمرتهن أحق بالرهن من الورثة والغرماء حتى يستوفى الدين. (عينى)

(٦) قوله: "لأنها تتعين إلخ" هل يتعين المقبوض للرد فهو على الروايتين، وذكر البردعى فى "الجامع": الدراهم فى البيع الفاسد إنما تتعين إذا كان البيع الفاسد صريحاً، وإن لم يكن صريحاً لا تتعين. (ك)

(٧) بالتعين.

(٨) وفى رواية أبى حفص لا تتعين.

(٩) أى لأن الثمن فى يد البائع بمنزلة المغصوب. (ك)

(١٠) أنه بمنزلة المغصوب، والحكم فيه كذلك. (نهاية)

(١١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٢) وليس للبائع أن يأخذها.

(١٣) مشترى.

(١٤) أى روى محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى "الجامع".

(١٥) أبو يوسف.

(١٦) ففى العبارة إغلاق.

(١٧) يعقوب.

(١٨) أى فى سماعه عنه لا فى مذهب أبى حنيفة.

(١٩) على البائع.

(٢٠) قوله: "والغرس [بالفتح درخت نشانده. من] إلخ" يعنى ينقطع به حق الفسخ عند أبى حنيفة خلافاً لهما.

ويبطل بالتأخير[١]، بخلاف حق البائع[٢]، ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء[٣]، فأقواهما[٤] أولى[٥]. وله: أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام[٦]، وقد حصل[٧] بتسليط من جهة البائع، فينقطع حق الاسترداد كالبيع[٨] بخلاف حق الشفيع، لأنه لم يوجد منه[٩] التسليط، ولهذا[١٠] لا يبطل[١١] بهبة المشترى وبيعه، فكذا ببنائه، وشك يعقوب فى حفظه[١٢] الروايةَ عن أبى حنيفة. وقد نص محمد[١٣] على الاختلاف[١٤] فى كتاب الشفعة، فإن حق الشفعة مبنى[١٥] على انقطاع حق البائع

---

(٢١) قوله: "حق الشفيع أضعف" فلهذا يحتاج إلى الرضا أو القضاء، ولا يورث بخلاف حق البائع، ولهذا ثبت حق البائع فى الاسترداد من غير قضاء ولا رضا المشترى، ويورث هذا الحق ولا يورث حق الشفعة، وكذا حق البائع انضم إليه حق الشرع حتى يجب عليهما نقض هذا البيع، ولا يجب على الشفيع الأخذ بالشفعة، ثم ينقض بناء المشترى لحق الشفيع، فلحق البائع أولى. (ك)

(١) أى بتأخير الطلب.

(٢) فإنه لا يحتاج فيه إلى القضاء، ولا يبطل بالتأخير.

(٣) أى ببناء المشترى.

(٤) حق بائع.

(٥) بأن لا يبطل.

(٦) قوله: "مما يقصد به الدوام" إذ البناء ليس للنقض، والغرس ليس للقطع، والمشترى يتضرر بنقض البناء، والغرس تضررًا بلا جائز، والبائع يتضرر مع جائز مع أنه حصل بتسليطه، فكان رعاية حق المشترى أولى، فينقطع للبائع حق الاسترداد كما لو باعه المشترى بيعًا صحيحًا بخلاف الشفيع، لأنه لم يحصل البناء بتسليط الشفيع. (ك)

(٧) أى كل واحد من الغرس والبناء.

(٨) أى كما إذا باع المشترى بيعًا صحيحًا.

(٩) الشفيع.

(١٠) أى لأجل عدم التسليط من الشفيع.

(١١) حق الشفيع.

(١٢) قوله: "وشك يعقوب فى حفظه إلخ" أى لا فى مذهب أبى حنيفة أنه ينقطع حق البائع به، وقال شمس الأئمة السرخسى: هذه هى المسألة التى وقعت المحاورة فيها بين أبى يوسف ومحمد، فقال أبو يوسف: ما رويت لك عن أبى حنيفة أنه يأخذ قيمتها، وإنما رويت لك أنه ينقض البناء، وقال محمد: بل رويت لى عنه أنه يأخذ قيمتها، ثم قال شمس الأئمة: ثم شك يعقوب فى هذه المسألة. (نهاية)

قوله: "فى حفظه إلخ" يعنى شك أنه هل سمع من أبى حنيفة أنه ينقطع حق البائع ببناء المشترى فى الشراء الفاسد أم لا، ولم يشك فى الاختلاف. (ك)

(١٣) قوله: "وقد نص محمد إلخ" لتأكيد قوله: شك يعقوب فى حفظ الرواية عن أبى حنيفة، لا فى مذهب أبى حنيفة. (نهاية)

(١٤) قوله: "على الاختلاف [بين الإمام وصاحبيه]" أى فى ثبوت الشفعة إذا بنى المشترى شراء فاسدًا فى الدار المشتراة أو غرس فيها فللشفيع حق الشفعة عند أبى حنيفة، وعندهما [illegible] وثبوت حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع فى الاسترداد، فيكون نصًا على الاختلاف فى انقطاع حق البائع [illegible]، لأن التنصيص على الاختلاف فى الفرع يكون

بالبناء، وثبوته[١] على الاختلاف.

قال: ومن اشترى جارية بيعًا[٢] فاسدا وتقابضا، فباعها وربح فيها، تصدق بالربح، ويطيب[٣] للبائع[٤] ما ربح في الثمن، والفرق[٥] أن الجارية مما يتعين[٦]، فيتعلق العقد بها، فيتمكن الخبث في الربح، والدراهم والدنانير لا تتعينان[٧] في العقود[٨]، فلم يتعلق العقد الثاني بعينها[٩]، فلم يتمكن الخبث[١٠]، فلا يجب التصدق، وهذا[١١] في الخبث الذي سببه فساد الملك، أما الخبث لعدم الملك[١٢] عند أبي حنيفة ومحمد يشمل النوعين[١٣] لتعلق[١٤] العقد[١٥] فيما يتعين حقيقة[١٦]، وفيما

تنصيصًا على الاختلاف في أصل ذلك الفرع. (مل)

(١٥) لأنه لا شفعة ما دام حق الاسترداد باقيًا، لئلا يؤدي إلى تقرير الفساد. (ن)

(١) قوله: "وثبوته" قال الإنزاري في "غاية البيان": قال بعض الشارحين ثبوته -بالرفع- معطوف على قوله: مبني، وهو ضعيف، قلت: أراد ببعض الشارحين السغناقي، وتبعه على ذلك الكاكي لكن الإنزاري لم يبين وجه الضعف، والذي يظهر لي أن ثبوته مرفوع بالابتداء، وعلى الاختلاف خبره. (عيني)

(٢) الشراء.

(٣) قوله: "ويطيب إلخ" هذا على الرواية التي لا تتعين الدراهم فيها، وأما على التي تتعين فهي بمنزلة المغصوب. (ن)

(٤) الأول.

(٥) في أن الربح طيب لبائع الجارية في الثمن، وغير طيب لمشتري الجارية.

(٦) قوله: "مما يتعين" ومعنى تعين الجارية أنه إذا باع جارية معينة ليس له أن يعطي جارية أخرى معها، ولما تعلق العقد بها، وحصل الربح من هذه الجارية كان الربح جاء من بدل المملوك ملكًا فاسدًا، فيتمكن الخبث في الربح، ويتصدق به، والخبث هو عدم الطيب. (عيني)

(٧) قوله: "لا تتعينان إلخ" معنى عدم التعيين فيهما أنه لو أشار المشتري إليهما بهذه الدراهم له أن يتركها، ويدفع غيرها كما أن الثمن يجب في ذمة المشتري. (نهاية)

(٨) احتراز عن المغصوب والودائع والشركة.

(٩) أي بعين الدراهم التي ابتاع المشتري الجارية بها.

(١٠) أي في الربح، لأن الربح حصل بالعقد لا بالدراهم.

(١١) قوله: "وهذا" أي الذي ذكرنا من الفرق بين ما يتعين وبين ما لا يتعين حيث لا يطيب الربح في الأول، ويطيب في الثاني. (عيني)

(١٢) كالجارية المغصوبة والدراهم المغصوبة. (نهاية)

(١٣) قوله: "يشمل النوعين" حتى إن الغاصب والمودع إذا تصرف في المغصوب والوديعة، والوديعة والمغصوب عرض أو من النقود، وأدى ضمانهما للمالك، وبقي الربح يتصدق الربح في قولهما، لأن فيما يتعين قد بدل مال الغير، فيثبت حقيقة الخبث، وفيما لا يتعين إن لم يكن بدل مال الغير لأن العقد لا يتعلق به بل بمثل ذلك في الذمة لكن إنما يوصل إلى الربح بأداء المغصوب والوديعة، فيتمكن فيه شبهة الخبث. (ن)

(١٤) أي بمال الغير. (عيني).

(١٥) الثاني.

لا يتعين شبهة[١] من حيث إنه يتعلق به سلامة المبيع[٢]، أو تقدير الثمن[٣]، وعند فساد الملك[٤] ينقلب الحقيقة شبهة، والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة[٥]، والشبهة هى المعتبرة[٦] دون النازل عنها[٧].

قال[٨]: وكذا إذا ادعى على آخر مالا[٩]، فقضاه إياه، ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعى فى الدراهم يطيب[١٠] له الربح، لأن الخبث لفساد الملك ههنا، لأن الدين وجب بالتسمية[١١]، ثم استحق[١٢] بالتصادق، وبدل[١٣] المستحق[١٤] مملوك، فلا يعمل فيما لا يتعين.

---

(١٦) أى من حيث حقيقة الخبث.

(١) أى من حيث شبهة الخبث، وبينه من حيث بقوله إلخ. (عينى)

(٢) بأن نقد من الدراهم المغصوبة. (نهاية)

(٣) قوله: "أو تقدير الثمن" بأن أشار إلى الدراهم المغصوبة، ونقد من مال نفسه. (نهاية)

(٤) قوله: "وعند فساد إلخ" يعنى أن الخبث لفساد الملك ينقلب حقيقته شبهة، أى ما كان من الخبث بسبيل الحقيقة فى الخبث لعدم الملك كما فيما يتعين بكون ذلك الخبث فيما يتعين شبهة لفساد الملك، لأن الخبث لفساد الملك، أدنى من الخبث لعدم الملك، والشبهة باعتبار عدم الملك فيما لا يتعين، نزل إلى شبهة الشبهة فيما لا يتعين. (عينى)

(٥) قوله: "تنزل إلى شبهة الشبهة إلخ" لأن تعلق سلامة المبيع أو تقدير الثمن الذين كانا شبهة خبث لحصولهما بمال الغير من كل وجه لم يبق كذلك بل بمال فيه شائبة ملك. (ع)

(٦) بالحديث نهى عن الربا والريبة. (نهاية)

(٧) قوله: "دون النازل عنها" لأنها لو كانت معتبرة لكان مادونها معتبرة أيضًا، فلا يكون البيع خاليًا عن شبهة الشبهة، فينسد باب التجارة، وهو مفتوح، ولأن الأصل فى الكسب الشبهة فقد عدل عن هذا الأصل فى حق الشبهة، فبقى الخارج عنها على الأصل. (نهاية)

(٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٩) أى دراهم أو دنانير. (ك)

(١٠) ولا يجب التصدق.

(١١) قوله: "لأن الدين وجب بالتسمية" أى دعوى المدعى مالا على آخر، وأداء المدعى عليه وقبض المدعى بدلا من الدين، ثم استحق أى الدين بالتصادق، فإن المرء يكون مأخوذًا بإقراره حكما، فلما تصادقا أن الدين لم يكن على المدعى عليه صار الدين بمنزلة ما لو استحق، فيفسد الملك فى عوضه، فإن بدل المستحق مملوك ملكًا فاسدًا، كما لو باع أمة بألف، وتقابضا فاستحقت كان الثمن مملوكًا للبائع لوجوب رده عليه، ولكن لا يبطل، فيتمكن فيه شبهة عدم الملك.

ولو حصل الربح فى دراهم غير مملوكة يتمكن فى الربح شبهة الخبث، وإذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث، فلا تعتبر، فلا يعمل، أى الخبث لفساد الملك فيما لا يتعين إذ لا أثر له فيه. (مل)

(١٢) الدين. (نهاية)

(١٣) الدراهم. (ن)

(١٤) الدين. (نهاية)

فصل فيما يكره[١]

قال: ونهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن النجش[٢]، وهو أن يزيد في الثمن[٣]، ولا يريد الشراء، ليرغب غيره، قال عليه السلام: «لا تناجشوا[٤]»[٥]*.

قال[٦]: وعن السوم[٧] على سوم غيره، قال عليه السلام: «لا يستام[٨] الرجل على سوم أخيه ولا يخطب[٩] على خطبة أخيه»**، ولأن في ذلك[١٠] إيحاشًا[١١] وإضرارًا[١٢]، وهذا[١٣] إذا تراضى المتعاقدان[١٤] على مبلغ ثمن في المساومة[١٥]، أما إذا لم يركن[١٦] أحدهما إلى الآخر فهو[١٧] بيع من يزيد، ولا بأس به

(١) قوله: "فيما يكره" قيل: المكروه أدنى درجة من الفاسد، لكن هو شعبة من شعبه، فلذلك ألحق به وأخر عنه، ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في أصول الفقه أن القبح إذا كان لأمر مجاور كان مكروهًا، وإن كان لوصف متصل كان فاسدًا. (ع)

(٢) قوله: "عن النجش [لأنه خداع]" هو بفتحتين وروى بالسكون هو أن تستام السلعة بأزيد من ثمنها ولا تريد شراءها بل ليراك الآخر، فيقع فيها، وكذا في النكاح وغيره. (ك)

(٣) قوله: "وهو أن يزيد إلخ" والنهي فيما إذا طلب الراغب بمثل ثمنها، وأما إذا طلب بدون ثمنها فلا بأس. (ن)

(٤) أي لا تفعلوا النجش. (ع)

(٥) قلت: أخرجاه من حديث أبي هريرة. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٢١، والدراية ج٢، الحديث ٧٨٠ ص١٥٢. (نعيم)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) بها كردن.

(٨) قوله: "لا يستام [استيام بها كردن. (من) نهي بصيغة النفي، وهو أبلغ. ك] إلخ" قلت: أخرجاه من حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «لا يبيع بعضكم على بيع بعض»، وفي لفظ: «لا يبيع الرجل على بيع ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له»، انتهى. (ت)

(٩) خواستگاری كردن زن را. (من)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢١، والدراية ج٢، الحديث ٧٨١ ص١٥٢. (نعيم)

(١٠) أي في السوم على سوم أخيه.

(١١) أي إلقاء الوحشة في قلب أخيه.

(١٢) بزيادة الثمن.

(١٣) أي لكونه مكروهًا.

(١٤) قوله: "إذا تراضى إلخ" صورته أن يتساوم الرجلان بالبيع والشراء على السلعة، ويرضى البائع والمشتري بذلك، ولم يعقدا عقد البيع حتى ساومه آخر على سومه، واشتراه منه فإنه يجوز ولكن يكره. (مل)

(١٥) ساومت المتاع: بها كردن متاع را. (ن)

(١٦) أي لم يمل.

(١٧) أي السوم.

على ما نذكره[١]، وماذكرناه[٢] محمل النهى فى النكاح أيضًا:

قال[٣]: وعن تلقى الجلب[٤]، وهذا إذا كان[٥] يضر[٦] بأهل البلد، فإن كان لا يضر[٧] فلا بأس به، إلا إذا لبّس[٨] السِّعر[٩] على الواردين[١٠]، فحينئذٍ يكره لما فيه من الغرور والضرر[١١]. قال[١٢]: وعن بيع الحاضر[١٣] للبادى[١٤]، فقد قال عليه الصلاة والسلام[١٥]: «لا يبيع الحاضر للبادى[١٦]»*، وهذا[١٧] إذا كان أهل البلدة فى قحط وعوز[١٨]، وهو يبيع[١٩] من أهل البدو[٢٠]، طمعًا فى الثمن الغالى[٢١] لما فيه

---

(١) فى هذه الصفحة.

(٢) قوله: "وما ذكرناه" أراد به قوله: وهذا إذا تراضى المتعاقدان محمل النكاح أيضًا، يعنى إذا ركن قلب المرأة إلى المخاطب يكره خطبة غيره، فإذا لم يركن فلا يكره. (عينى)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) قوله: "عن تلقى [پيش آمدن ودا گرفتن. من] الجلب [روى البخارى النهى عن تلقى الجلب]" جلب الشىء جاء به من بلد إلى بلد للتجارة جلبًا، والجلب المجلوب. (ك)

(٥) قوله: "وهذا إذا كان [أى كراهة تلقى الجلب] إلخ" صورته المصرى أخبر بمجىء قافلة، فتلقاهم، واشترى الجميع، وأدخله المصر ليبيعه على ما أراده. (ع)

(٦) بأن كانوا فى ضيق وقحط.

(٧) بأهل البلد.

(٨) قوله: "لبس" تلبيس پنهاں داشتن مكر وعيب از كسى. (من)

(٩) بالكسر نرخ. (من)

(١٠) التجار.

(١١) فى حق الواردين.

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) قوله: "وعن بيع الحاضر إلخ" صورته أن الرجل إذا كان له طعام وعلف، وأهل المصر فى قحط منهما، وهو لا يبيعهما من أهل المصر حتى يتوسعوا، ويبيعهما من أهل البادية بثمن حال، وهم يتضررون بذلك فهو مكروه. (نهاية)

(١٤) اللام بمعنى من. (ن)

(١٥) قوله: "فقد قال عليه السلام إلخ" أخرج البخارى عن ابن عمر قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أن يبيع حاضر لبادٍ»، انتهى، فاللام بمعنى من، كذا فى "النهاية"، ويحتمل أن يكون اللام على أصلها، والمعنى نهى أن يتولى المصرى عمن جاء بمال من خارج المصر، ويكون له سمسارًا، ويبيع هذا المصرى للبادى، وهذا ليغالى فى القيمة، فإن البادى المسافر لا يقف على عادات أهل المصر فى المعاملات. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(١٦) مقيم فى البادية.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٢، والدراية ج٢، الحديث ٧٨٢ ص١٥٢. (نعيم)

(١٧) أى كراهة بيع الحاضر للبادى.

(١٨) بالفتح: خشك سال، محركة: درويشى. (من)

(١٩) من الحاضر.

من الإضرار بهم[١]، أما إذا لم يكن كذلك[٢]، فلا بأس به لانعدام الضرر.
قال[٣]: والبيع عند آذان الجمعة، قال الله تعالى: ﴿وذروا[٤] البيع﴾[٥]، ثم فيه[٦] إخلال بواجب السعي[٧] على بعض الوجوه[٨]، وقد ذكرنا الآذان المعتبر[٩] فيه[١٠] في كتاب الصلاة.
قال[١١]: كل ذلك[١٢] يكره لما ذكرنا[١٣]، ولا يفسد[١٤] به[١٥] البيع، لأن الفساد[١٦] في معنى خارج زائد[١٧] لا في صلب العقد[١٨]، ولا في شرائط الصحة[١٩]. قال[٢٠]: ولا بأس ببيع من يزيد، وتفسيره ما ذكرنا[٢١]، وقد صح أن النبي عليه السلام باع[٢٢] قدحًا[٢٣] وحلسًا[٢٤] ببيع من يزيد*، ولأنه بيع الفقراء،

---

(٢٠) بالفتح صحراء.
(٢١) گران.
(١) أي بأهل البلد.
(٢) بأن كانوا في سعة. (ن)
(٣) أي القدوري. (عيني)
(٤) أي دع عند أذان الجمعة.
(٥) بيان للقبح المجاور.
(٦) أي في البيع عند أذان الجمعة.
(٧) أي بالسعي الواجب.
(٨) قوله: "بعض الوجوه" يعني إذا قعدا أو وقفا قائمين لأجل البيع، وأما إذا كانا يمشيان، ويبيعان فلا بأس بذلك. (ك)
(٩) قوله: "وقد ذكرنا إلخ" وهو قوله: والمعتبر هو الأذان الأول إذا كان بعد الزوال. (ك)
(١٠) في باب الجمعة.
(١١) أي القدوري. (عيني)
(١٢) أي من أول الفصل إلى ههنا.
(١٣) من الدلائل منفرداً.
(١٤) قوله: "ولا يفسد" فيجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض.
(١٥) أي بالنهي المذكور.
(١٦) القبح. (إله داد)
(١٧) مجاور.
(١٨) البدلان.
(١٩) من الحرية والعقل والبلوغ.
(٢٠) أي محمد في "الجامع". (عيني)
(٢١) قوله: "ما ذكرنا" وهو قوله: فإذا لم يركن أحدهما إلى الآخر فهو بيع من يزيد. (ك)

والحاجة ماسة[١] إليه.

نوع منه[٢]

قال: ومن ملك مملوكين صغيرين[٣]، أحدهما ذو رحم محرم[٤] من الآخر، لم يفرق بينهما، وكذلك إن كان أحدهما كبيراً[٥]، والأصل فيه[٦] قوله عليه السلام[٧]: «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبّته[٨] يوم القيامة»*، ووهب النبى ﷺ لعلى رضى الله عنه غلامين أخوين صغيرين[٩]، ثم قال له: «ما فعل الغلامان[١٠]»**، فقال: بعت أحدهما، فقال: «أَدْرِكْ أَدْرِكْ[١١]»***،

---

(٢٢) قوله: "وقد صح إلخ" روه اسحاق بن راهوية فى "مسنده" عن أنس بن مالك عن رجل من الأنصار أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم باع حلساً وقدحاً فيمن يزيد، انتهى. (ت)

(٢٣) كاسة. (من)

(٢٤) قوله: "وحلسا" -بالكسر- گليم سطر كه بريشت شتر زير بردعه نهند ودر خانه زير فرشهاى فاخرة فگنند. (من)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٢، والدراية ج٢، الحديث ٧٨٣ص١٥٢. (نعيم)

(١) داعية.

(٢) أى من البيع المكروه.

(٣) قوله: "ومن ملك إلخ" أى بقبوله الهبة، والوصية، والشراء، والإرث، وإنما قيد بالصغيرين لأنه لا يكره فى الكبيرين. (مل)

(٤) صفت ذو وجر براى جوار ست.

(٥) أى لم يفرق.

(٦) قوله: "والأصل فيه [الدليل] إلخ" وجه الإستدلال بالأول هو الوعيد، وبالثانى تكرر الأمر بالإدراك والرد، والوعيد جاء لـلتفريق، والأمر بالرد على بيع أحدهما، وهو تفريق، ولم يتعرض للبيع فقلنا بكراهة البيع لإفضاءه إلى التفريق، وهو مجاور ينفك عنه لجواز أن يقع ذلك بالهبة. (ع)

(٧) قلت: أخرجه الترمذى فى البيوع، وفى السير عن أبى أيوب الأنصارى. (ت)

(٨) قوله: "وبين أحبته إلخ" وفراق الأحبة عقوبة كما قال العارف الشيرازى:

شنيده ام سخن خوش كه پير كنعان گفت
فراق يار نه آن ميكند كه بتوان گفت
حديث هول قيامت كه گفت واعظ شهر
كنايتى ست كه از روزگار هجران گفت (ملا إله داد)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٣، والدراية ج٢، الحديث ٧٨٤ص١٥٢. (نعيم)

(٩) قوله: "ووهب [قلت: أخرجه الترمذى وابن ماجة عن على. ت] إلخ" معطوف على قوله عليه السلام: من حيث المعنى، لأن تقديره: والأصل ما قال عليه السلام: ووهب النبى عليه السلام لعلى إلخ. (عناية)

(١٠) أى ما حالهما. (ك)

*** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٥، والدراية ج٢، الحديث ٧٨٥ص١٥٣. (نعيم)

(١١) أدركه در رسيد او را. (من)

ويروى: «أُرْدُدْ أُرْدُدْ[١]»*، ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير، والكبير يتعاهده[٢]، فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس، والمنع من التعاهد، وفيه ترك الرحمة على الصغار، وقد أوعد عليه[٣]. ثم المنع[٤] معلول بالقرابة المحرمة[٥] للنكاح[٦]، حتى لا يدخل فيه محرم[٧] غير قريب[٨]، ولا قريب غير محرم[٩]، ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما، لأن النص ورد بخلاف القياس[١٠]، فيقتصر على مورده[١١]، ولا بد من اجتماعهما[١٢] في ملكه، لما ذكرنا[١٣] حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره[١٤] لا بأس ببيع واحد منهما[١٥]، ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به، كدفع أحدهما بالجناية[١٦]، وبيعه بالدين[١٧]، ورده

---

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٥، والدراية ج٢، الحديث ٧٨٥ ص١٥٣. (نعيم)

(١) أي استردد. (ن) رده باز گردانيد او را. (من)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٥، والدراية ج٢، الحديث ٧٨٥ ص١٥٢. (نعيم)

(٢) أي يقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشئة من قرب القرابة.

(٣) قوله: "وقد أوعد عليه" قلت: في الباب حديث رواه أبو داود في الأدب عن عبد الله بن عمرو ابن العاص رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «من لم يعرف صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا». (ت)

(٤) من التفريق. (ع)

(٥) قوله: "بالقرابة إلخ" فإن قيل: أليس أن الحربي إذا دخل دارنا بغلامين أخوين صغيرين بأمان، فأراد أن يبيع أحدهما فلا بأس بالشراء منه، وإن كان فيه تفريق.

قلنا: لأنه لو لم يشتر منه لعاد به إلى دار الحرب، وشراءه منه أنظر من مراعات التفريق. (ك)

(٦) بأن يكون أحدهما ذا رحم محرم من الآخر.

(٧) كامرأة للأب. (ك)

(٨) بالرضاع والمصاهرة. (ن)

(٩) كأولاد الأعمام والعمات. (ن)

(١٠) قوله: "ورد بخلاف القياس" لأن القياس يقتضي أن يجوز، لأن المالك يتصرف في ملكه كيف يشاء كما لو كانا كبيرين، وكما في غير بني آدم، فإن قلت: قد ذكرنا المعنى المعقول، وهو قوله: ولأن الصغير يستأنس إلخ، فكيف يصح الدعوى بعد ذلك أنه مخالف للقياس. قلت: لا بد أن يكون ورود النص موافقا للمعنى المعقول إلا أنا لما لم ندركه من حيث الظاهر الذي هو عليه يسمى بدليل القياس سمينا خلاف القياس. (نهاية)

(١١) هو القرابة المحرمة للنكاح، أي الأخوين والوالدة وولدها.

(١٢) المملوكين.

(١٣) قوله: "لما ذكرنا" أي من أن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده. (كفاية)

(١٤) قوله: "والآخر لغيره" سواء كان ابنا صغيرا له أو كبيرا، وهما في مؤنته أولا، أو زوجته، أو مكاتبه. (ن)

(١٥) لأن التفريق لا يتحقق فيه. (ع)

(١٦) قوله: "كدفع أحدهما بالجناية" أي بجناية وجدت منه جناية نفس أو مال، بأن جنى أحدهما جناية، أو

بالعيب[١]، لأن المنظور إليه دفع الضرر[٢] عن غيره[٣] لا الإضرار به[٤].

قال[٥]: فإن فرق كره له ذلك[٦]، وجاز العقد[٧]، وعن أبي يوسف أنه لا يجوز في قرابة الولادة[٨]، ويجوز في غيرها[٩]، وعنه أنه لا يجوز في جميع ذلك، لما روينا[١٠]، فإن الأمر بالإدراك، والرد لا يكون إلا في البيع الفاسد.

ولهما: أن ركن البيع[١١] صدر من أهله[١٢] في محله[١٣]، وإنما الكراهة لمعنى مجاور[١٤]، فشابه كراهة الاستيام[١٥].

وإن كانا كبيرين، فلا بأس بالتفريق بينهما، لأنه ليس في معنى[١٦] ما ورد به

استهلك مال إنسان فللمولى أن يدفعه. (مل)

(١٧) قوله: "وبيعه بالدين" بأن كان مأذونًا وأحاطه به دينه أو وجب الدين على المالك ولا مال له. (عيني)

(١) قوله: "ورده بالعيب" بأن اشتراهما لنفسه، فكان بأحدهما عيب لم يظهر عند العقد له أن يرده، ويمسك الثاني. (مل)

(٢) قوله: "لأن المنظور إليه [أي ههنا في جواز التفريق] إلخ" حاصل الكلام أن التفريق إنما نهى عنه لدفع الضرر عن الصغير، وليس من شرط دفع الضرر عن شخص إلحاق الضرر بغيره، فإذا تعلق بأحدهما حق فالمنع من إيفاء الحق إضرار بصاحب الحق، وإنما حصل الإضرار بالصغير ضمنًا لحق مستحق، فلا يلتفت إليه لأنه كم من شيء يثبت ضمنًا ولا يثبت قصداً. (عيني)

(٣) أي عن غير الصغير وهو المولى.

(٤) الصغير.

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) قوله: "فإن فرق إلخ" إطلاق التفريق يدل على أنه مكروه سواء كان بالبيع، أو القسمة في الميراث، أو الغنائم، أو الهبة، أو غير ذلك. (عناية)

(٧) البيع.

(٨) أي في الوالدين والمولودين.

(٩) ففرق بين القرابات بالقوة والضعف. (ن)

(١٠) قوله: "لما روينا" أشار إلى قول علي رضي الله عنه في الحديث: بعت أحدهما إلخ، فإن الأمر بالإدراك هو قوله عليه السلام في الحديث المذكور: أدرك أدرك، والرد في قوله: ويروى اردد اردد. (عيني)

(١١) الإيجاب والقبول.

(١٢) العاقل البالغ.

(١٣) أي المال.

(١٤) قوله: "لمعنى مجاور [وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق. عناية]" وذلك ليس من المبيع في شيء، والنهي متى كان المعنى في غير المنهي عنه لا يفسد العقد كالنهي عن البيع وقت النداء، كذا في "المبسوط". (ك)

(١٥) قوله: "كراهة الاستيام" أي السوم على سوم أخيه، وقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه: «أدرك» محمول على طلب الإقالة أو بيع الآخر ممن باع أحدهما منه. (ك)

(١٦) قوله: "ليس في معنى إلخ" لأن كل واحد منهما يقوم بحوائجه، وربما لا يستأنس أحدهما بالآخر بل يتأذى

النص[1]، وقد صح[2] «أنه عليه السلام فرق بين مارية وسيرين»*، وكانتا أمتين أختين.

باب الإقالة[3]

الإقالة جائزة في المبيع بمثل الثمن الأول؛ لقوله عليه السلام: «من أقال[4]

أحدهما من الآخر بإحسان السيد إلى أحدهما. (ك)

(١) وهو أن التفريق قطع الاستئناس وترك التعاهد.

(٢) قوله: "وقد صح إلخ" بيان هذا ما روى البزار في "مسنده" من حديث عبد الله بن بريدة عن أبيه قال: أهدى المقوقس القبطي لرسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم جاريتين وبغلة كان يركبها، فأما إحدى الجاريتين فاستولدها فولدت له إبراهيم، وهي مارية أم إبراهيم، وأما الأخرى فوهبها رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم لحسان بن ثابت رضي الله عنه، وهي أم عبد الرحمن بن حسان. (عيني)

قوله: "وقد صح إلخ" أخرج البيهقي في "دلائل النبوة" مرسلا عن طريق ابن إسحاق، حدثني الزهري عن عبد الرحمن: "أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم بعث حاطب بن أبي بلتعة إلى المقوقس صاحب الإسكندرية بكتاب، فقبل الكتاب، وأكرم، وأكرم حاطبا، وأحسن نزله، وأهدى لرسول الله ﷺ مع حاطب كسوة، وبغلة مسدوجة، وجاريتين إحداهما أم إبراهيم، وأما الأخرى فوهبها رسول الله ﷺ لجهم بن قيس العبدي، وهي أم زكريا ابن جهم الذي كان خليفة عمرو بن العاص على مصر" وهذا مخالف لما رواه البزار: "أن الأخرى أهداها لحسان بن ثابت رضي الله عنه". ويجمع بينهما بحديث آخر رواه البيهقي عقيب الحديث المذكور من حديث أبي بشير أحمد بن محمد حدثنا أبو الحارث أحمد بن سعيد، حدثنا هارون بن يحيى الخاطبي، حدثنا إبراهيم بن عبد الرحمن، حدثني عبد الرحمن بن يزيد بن أسلم عن أبيه، حدثنا يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب عن أبيه عن جده حاطب بن أبي بلتعة قال: "بعثني رسول الله ﷺ إلى المقوقس ملك الإسكندرية، فجئته بكتاب رسول الله ﷺ، فأنزلني في منزله، وأقمت عنده، ثم بعث إلى وقد جمع بطارقة إلى أن قال: هذه هدايا أبعث بها معك إلى محمد، قال: فأهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم ثلاث جوار، منهم أم إبراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وواحدة وهبها عليه الصلاة والسلام لأبي جهم بن حذيفة العدوي، وواحدة وهبها لحسان بن ثابت الأنصاري".

ومن أحاديث الباب ما أخرجه مسلم عن سلمة بن الأكوع قال: خرجنا مع أبي بكر فغزونا فزارة إلى أن قال: فجئت بهم إلى أبي بكر، وفيهم امرأة معها ابنة لها من أحسن العرب، فأعطاني أبو بكر ابنتها، فقدمت المدينة، فقال لي عليه السلام: «يا سلمة هب لي المرأة»، قلت: هي لك، ففدى بها أسارى بمكة.

وحديث آخر رواه الحاكم في المستدرك، والدارقطني في "سننه" من حديث عبد الله بن عمرو، حدثنا سعيد بن عبد العزيز سمعت مكحولا يقول: حدثنا نافع بن محمود بن الربيع عن أبيه أنه سمع عبادة بن الصامت يقول: نهى رسول الله ﷺ أن يفرق بين الأم وولدها، فقيل: يارسول الله إلى متى، فقال: حتى يبلغ الغلام، وتحيض الجارية، قال الحاكم: حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه. وقال شيخنا شمس الدين الذهبي في "مختصر المستدرك": بل هو حديث موضوع، فإن عبد الله ابن عمرو بن حسان كذاب، انتهى، وقال الدارقطني: عبد الله هو الواقفي، وهو ضعيف الحديث، ورماه علي ابن المديني بالكذب، ولم يروه عن سعيد غيره. (تخريج الزيلعي رحمه الله تعالى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٨، والدراية ج٢، الحديث ٧٨٦ص١٥٤. (نعيم)

(٣) قوله: "باب الإقالة" الإقالة هو الرفع من القيل، وقيل: من القول، والهمزة للسلب، وهو مخدوش بدليل قلت: البيع بكسر القاف، وهو يجوز بلفظين أحدهما ما يعبر به عن المستقبل نحو أن يقول: أقلني، فيقول الآخر: أقلت، وقال محمد: لا يقوم إلا بلفظين يعبرهما عن الماضي اعتباراً للبيع، كذا قيل، ولما كان الخلاص عن خبث البيع الفاسد والمكروه بالفسخ كان للإقالة تعلق خاص بهما، فعقب ذكرها إياهما. (مل)

نادمًا[1] بيعته أقال[2] الله عثراته يوم القيامة»*، ولأن العقد حقهما[3]، فيملكان رفعه دفعًا لحاجتهما، فإن شرط أكثر منه[4]، أو أقل، فالشرط باطل، ويرد[5] مثل الثمن الأول[6]، والأصل أن الإقالة فسخ فى حق المتعاقدين[7]، بيع جديد[8] فى حق غيرهما[9]، إلا أن لا يمكن[10] جعله فسخًا[11] فتبطل[12]، وهذا عند أبى حنيفة، وعند أبى يوسف هو بيع إلا أن لا يمكن جعله بيعًا[13] فيجعل فسخًا، إلا أن لا يمكن[14] فيبطل. وعند محمد هو فسخ[15] إلا إذا تعذر[16] جعله فسخًا[17] فيجعل بيعًا

(٤) قوله: "من أقال إلخ" قلت: أخرجه أبو داود وابن ماجة عن أبى هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من أقال مسلمًا بيعته أقال الله عثراته»، وزاد ابن ماجة يوم القيامة، ونادمًا عند البيهقى. (ت)

قوله: "من أقال" إقاله برانداختن بيع، وگذاشتن گناه، ودور كردن لغزش را، يقال: أقال الله عثرتك وأقالكها. (من)

(١) أى رجلا نادمًا.

(٢) أزال.

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٣٠، والدراية ج٢، الحديث ٧٨٧ ص١٥٤. (نعيم)

(٣) قوله: "ولأن العقد حقهما" فى جميع الأحوال منقولاً كان المبيع أو غير منقول، مقبوضًا أو غير مقبوض. (عينى)

(٤) الثمن الأول.

(٥) قوله: "ويرد [البائع] إلخ" لأن الإقالة رفع العقد الأول، فيكون على الوجه الذى انعقد. (إيضاح)

(٦) الذى وقع عليه العقد.

(٧) قوله: "فسخ فى حق المتعاقدين" ولهذا بطل ما نطقا به من الزيادة على الثمن الأول، والنقصان منه، ولو باع البائع المبيع من المشترى قبل أن يسترده منه جاز، ولو كان بيعًا لما جاز لكونه قبل القبض. (عناية)

(٨) قوله: "بيع جديد إلخ" ولهذا يجب الشفعة للشفيع فيما إذا باع دارا فسلم الشفيع شفعته ثم تقايلا وعاد المبيع إلى ملك البائع، ولو كانت الإقالة فسخًا فى حق غيرهما لما كان له ذلك. (عينى)

(٩) كالشفيع.

(١٠) قوله: "إلا أن لا يمكن إلخ" بأن ولدت المبيعة ولدًا بعد القبض لأن الزيادة المنفصلة مانعة عن فسخ العقد حقًا للشرع. (ك)

(١١) بأن ولدت بعد القبض. (ن)

(١٢) الإقالة.

(١٣) قوله: "إلا أن لا يمكن جعله بيعًا" كما لو تقايلا فى المنقول قبل القبض أو فى بيع العرض بالعرض بعد هلاك أحدهما. (نهاية)

(١٤) قوله: "إلا أن لا يمكن" أى جعله فسخًا أيضًا كما فى بيع العرض بالدراهم إذا تقايلا بعد هلاك العرض، وكما لو تقايلا فى المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الأول بطلت الإقالة لأنه تعذر اعتبارها بيعًا، لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز، وتعذر اعتبارها فسخًا أيضًا، لأن الفسخ إنما يكون بالثمن الأول، وقد سميا ثمنًا آخر. (ك)

(١٥) كما قاله أبو حنيفة. (ك)

(١٦) قوله: "إلا إذا تعذر إلخ" بأن تقايلا بعد القبض بالثمن الأول بعد الزيادة المنفصلة، أو تقايلا بعد القبض بأكثر من الثمن الأول أو بخلاف جنس الثمن الأول. (ك)

إلا أن لا يمكن[١] فيبطل. لمحمد أن اللفظ[٢] للفسخ والرفع، ومنه يقال: أقلنى عثرتى[٣] فيوفر عليه[٤] قضيته[٥]، وإذا تعذر[٦] يحمل على محتمله[٧] وهو البيع، ألا ترى أنه[٨] بيع فى حق الثالث[٩]. ولأبى يوسف أنه[١٠] مبادلة المال بالمال بالتراضى، وهذا[١١] هو حد البيع[١٢]، ولهذا[١٣] يبطل[١٤] بهلاك السلعة[١٥]، ويرد بالعيب[١٦]، وتثبت به[١٧] الشفعة، وهذه أحكام البيع[١٨].

ولأبى حنيفة أن اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا[١٩]، والأصل إعمال

---

(١٧) كما قاله أبو يوسف. (ك)

(١) قوله: "إلا أن لا يمكن" أى جعله بيعًا ولا فسخًا، فيبطل كما فى بيع العرض بالدراهم إذا تقايلا بعد هلاك العرض، وكما إذا تقايلا فى المنقول أو غيره قبل القبض على خلاف جنس الثمن الأول. (ك)

(٢) أى لفظ الإقالة فى اللغة.

(٣) فى الدعاء.

(٤) قوله: "فيوفر [أى يترتب، توفير تمام كردن حق كسي را. من] عليه" أى يوفر على اللفظ ما اقتضاه من موضوعه اللغوى وقضية لفظ الإقالة ههنا الفسخ والرفع فيجعل فسخًا. (ك)

(٥) أى مقتضاه لغة.

(٦) الفسخ.

(٧) مجازًا صيانة لكلام العاقل من الإلغاء.

(٨) الإقالة.

(٩) الشفيع.

(١٠) الإقالة.

(١١) وإن تلفظ بلفظ الإقالة لأن العبرة للمعانى.

(١٢) قوله: "هو حد البيع" وعورض بأنه لو كانت بيعًا ومحتملة له لانعقد البيع بلفظ الإقالة ابتداء، وليس كذلك، وأجيب بمنع بطلان اللازم على المروى عن بعض المشايخ. (عناية)

(١٣) قوله: "ولهذا" أى لكون الإقالة مبادلة المال بالمال بالتراضى الذى هو حد البيع يبطل إلخ، فيكون الإقالة بيعًا، إلا أن فى المنقول قبل القبض لو حملت على البيع كان فاسدًا، فحملت على الفسخ حملا لكلامهما على الصحة. (عينى)

(١٤) الإقالة.

(١٥) عند المشترى.

(١٦) أى المبيع على المشترى.

(١٧) الإقالة.

(١٨) قوله: "وهذه أحكام البيع" وهى بطلان الإقالة بهلاك السلعة فى يد المشترى بعد الإقالة والرد بالعيب، وثبوت الشفعة بها تدل على أن الإقالة بيع فالاستدلال بالأثر على العلة إنما يصح إذا كان الأثر مخصوصًا بذلك المؤثر كالاستدلال بالدخان على النار، وهذه الأحكام بهذه المثابة، لأنها لا توجد بدون البيع، فصح الاستدلال بها بخلاف الملك فإنه غير مختص بالبيع. (ك)

(١٩) فى دليل محمد.

الألفاظ فى مقتضياتها الحقيقية، ولا يحتمل[١] ابتداء العقد ليحمل[٢] عليه عند تعذره[٣]، لأنه[٤] ضده، واللفظ لا يحتمل ضده[٥]، فتعين البطلان[٦]، وكونه بيعًا[٧] فى حق الثالث[٨] أمر ضرورى[٩]، لأنه يثبت به مثل حكم البيع، وهو الملك لا مقتضى الصيغة[١٠]، إذ لا ولاية لهما[١١] على غيرهما[١٢].

إذا ثبت هذا[١٣] نقول: إذا شرط الأكثر[١٤]، فالإقالة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على الزيادة، إذ رفع ما لم يكن ثابتًا محال[١٥]، فيبطل الشرط[١٦]، لأن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة، بخلاف البيع[١٧]، لأن الزيادة يمكن إثباتها فى العقد،

---

(١) قوله: "ولا يحتمل [جواب عن قول محمد: فإذا تعذر يحمل على محتمله]" أى لا يمكن أن يجعل الإقالة مجازا عن ابتداء العقد. (عناية)

(٢) الإقالة.

(٣) الفسخ.

(٤) العقد.

(٥) فاستعارة أحد الضدين للآخر لا يجوز.

(٦) أى لتعين بطلان الإقالة عند تعذر الفسخ.

(٧) قوله: "وكونه إلخ" جواب عما يقال: إن الإقالة بيع جديد فى حق الثالث، ولو لم يحتمل البيع لم يكن ذلك. (عناية)

(٨) الشفيع.

(٩) قوله: "أمر ضرورى" أى ثبوته بطريق الضرورة والحكم لا باعتبار اللفظ، وليس بطريق المجاز، إذ الثابت بالمجاز ثابت بقضية الصيغة. وقيل: أمر ضرورى أى لضرورة دفع الضرر عن الشفيع، وهو يلحقه عند ثبوت الملك لغيره لا برضاه. وأما الجواب لأبى حنيفة عما استدل به أبو يوسف من أحكام البيع فى الإقالة على أن الإقالة بيع بدلالة وجود تلك الأحكام المخصوصة بالبيع. قلنا: الشارع يبدل الأحكام من حكم إلى حكم كدم الاستحاضة أخرجت عن حكم الحدث، ولا يغير الحقائق، وفساد الإقالة عند هلاك المبيع، وثبوت حق الشفعة من الأحكام، فجاز أن يتبدل، ويثبت ضمنا للإقالة، أما لا يخرج الإقالة عن حقيقتها وهى الفسخ. (مل)

(١٠) قوله: "لا مقتضى الصيغة" لأن البيع وضع لإثبات الملك قصدا وزوال الملك من ضروراته، والإقالة وضعت لإزالة الملك وإبطاله، وثبوت الملك للبائع من ضروراته، فيثبت بكل منهما الملك، فاعتبر موجب الصيغة فى حق المتعاقدين، لأن لهما ولاية على أنفسهما، واعتبر الحكم فى حق غيرهما ولا ولاية للمتعاقدين فى حق غيرهما، بأن يجعلا هذا البيع فسخًا فى غيرهما لكون الفسخ إضرارًا فى حق الغير. (مل)

(١١) العاقدين.

(١٢) أى الثالث.

(١٣) أى ما ذكر من الأصل.

(١٤) أى الزيادة على الثمن الأول.

(١٥) وفسخ العقد عبارة عن دفعه على الوصف الذى كان قبله. (ع)

(١٦) قوله: "فيبطل الشرط [لا الإقالة]" لأن الشرط يشبه الربا، لأن فيه نفعًا لأحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة. (مل)

(١٧) قوله: "بخلاف البيع إلخ" متعلق بقوله: لتعذر الفسخ على الزيادة، أى يتعذر الفسخ على الزيادة ولا يتعذر

فيتحقق الربا أما[١] لا يمكن إثباتها فى الرفع[٢].

وكذا[٣] إذا شرط الأقل[٤] لما بيناه[٥]، إلا أن يحدث فى المبيع عيب[٦]، فحينئذ جازت الإقالة[٧] بالأقل، لأن الحط يجعل بإزاء ما فات[٨] بالعيب، وعندهما فى شرط الزيادة[٩] يكون بيعًا، لأن الأصل هو البيع عند أبى يوسف، وعند محمد جعله بيعًا ممكن[١٠]، فإذا زاد[١١] كان قاصدًا بهذا البيع[١٢].

وكذا[١٣] فى شرط الأقل[١٤] عند أبى يوسف، لأنه[١٥] هو الأصل عنده، وعند محمد هو فسخ بالثمن الأول، لأنه سكوت عن بعض الثمن الأول، ولو سكت عن الكل[١٦] وأقال يكون فسخًا، فهذا أولى[١٧]، بخلاف[١٨] ما إذا زاد[١٩]، وإذا دخله

البيع بالزيادة كما إذا باع درهما بدرهمين، فإن البيع يفسد بثبوت درهم زائد، ولا يجعل كأنه باع درهما بدرهم، ويبطل الدرهم الزائد حتى يصح البيع، لأن الزيادة يمكن إثباتها فى البيع، لأنها إثبات ما لم يكن ثابتا، فيتحقق الربا، ولا يمكن إثبات الزيادة فى الإقالة، لأنها رفع ما كان ثابتًا، ورفع ما كان زائدًا على ما كان محال. (ك)

(١) بمعنى لكن.

(٢) أى الإقالة.

(٣) أى يقع الإقالة بالثمن الأول.

(٤) أى من الثمن الأول.

(٥) قوله: "لما بيناه" إشارة إلى قوله: لتعذر الفسخ على الزيادة، لأن فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذى كان قبله من غير زيادة ولا نقصان، لأن فى الفسخ على الزيادة رفع ما لم يكن ثابتًا، وفى الفسخ على النقصان رفع عدم ما كان ثابتًا ورفع المعدوم محال، فكانا فى الإقالة على السواء، فلذلك بطلت الزيادة والنقصان فى الإقالة. (ك)

(٦) فى يد المشترى.

(٧) قوله: "جازت الإقالة" جواب الكتاب مطلق عن أن يكون حط الثمن بمقدار حط العيب أو أكثر بمقدار ما يتغابن الناس فيه أولا. (عناية)

(٨) أى ما احتبس عند المشترى جزء من المبيع.

(٩) على الثمن الأول.

(١٠) وإن كانت الإقالة عنده فسخًا لكنها فى الزيادة غير ممكن.

(١١) على الثمن الأول.

(١٢) فصار مجازًا فى البيع.

(١٣) أى البيع.

(١٤) عن الثمن الأول.

(١٥) البيع.

(١٦) أى جميع الثمن.

(١٧) قوله: "فهذا أولى [أى السكوت عن بعض الثمن أولى بالفسخ]" واعترض بأن كونه فسخًا إذا سكت عن كل الثمن إما أن يكون على مذهبه خاصة، أو على الاتفاق، والأول قياس المختلف على المختلف، والأول غير ناهض، لأن أبا يوسف إنما يجعله فسخًا لامتناع جعله بيعًا لانتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فإن فيها ما يصلح ثمنًا. (عناية)

عيب[١] فهو فسخ بالأقل لما بيناه[٢].

ولو أقال بغير جنس الثمن الأول، فهو فسخ بالثمن الأول عند أبى حنيفة، ويجعل التسمية[٣] لغواً، وعندهما بيع لما بينا[٤].

ولو ولدت المبيعة ولداً[٥]، ثم تقايلا فالإقالة باطلة[٦] عنده، لأن الولد مانع من الفسخ[٧]، وعندهما يكون بيعًا، والإقالة قبل القبض في المنقول[٨] وغيره فسخ عند أبى حنيفة ومحمد، وكذا عند أبى يوسف فى المنقول لتعذر البيع[٩]، وفى العقار يكون بيعًا عنده لإمكان البيع، فإن بيع العقار قبل القبض جائز عنده.

قال[١٠]: وهلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة، وهلاك المبيع يمنع عنها[١١]، لأن رفع البيع يستدعي قيامه، وهو قائم بالمبيع دون الثمن[١٢]، فإن هلك بعض المبيع جازت الإقالة فى الباقى، لقيام البيع فيه، وإن تقايضا[١٣] تجوز الإقالة بعد هلاك إحداهما[١٤]، ولا تبطل[١٥] بهلاك أحدهما، لأن كل واحد منهما مبيع، فكان البيع

---

(١٨) فإنه لا سكوت أصلا، فيكون بيعًا.

(١٩) على الثمن الأول.

(١) وفسخ بالأقل.

(٢) من أن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب. (ك)

(٣) أى تسمية الجنس الآخر.

(٤) فى فصل الزيادة.

(٥) فى يد المشترى.

(٦) قوله: "فالإقالة باطلة" هذا إذا ولدت بعد القبض، وأما إذا ولدت قبل القبض فالإقالة صحيحة عنده، وهذا فى الزيادة المنفصلة، وأما فى المتصلة كالسمن والجمال فيصح قبل القبض أيضًا. (مل)

(٧) لأجل الزيادة.

(٨) كالعقار.

(٩) قوله: "لتعذر البيع" وذلك لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز بالإجماع، وبيع العقار قبل القبض يجوز عند الشيخين. (عينى)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) قوله: "يمنع عنها [فإن رفع المعدوم محال]" لأن شرط صحة العقد قيام العقد، لأنها رفع العقد فتقتضى قيام البيع، وقيامه بالمبيع لا بالثمن، لأن المبيع محل إضافة العقد بخلاف الثمن، ولهذا إذا هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع بخلاف ما لو هلك الثمن. (ك)

(١٢) قوله: "وهو قائم إلخ" لأن الأصل هو المبيع، ولهذا شرط وجوده عند البيع، بخلاف الثمن فإنه بمنزلة الوصف، وجاز العقد وإن لم يكن موجودا. (عينى)

(١٣) قوله: "وإن تقايضا" أى لو عقدا عقد المقايضة، وهى بيع عوض بعوض مأخوذ بقولهم: هما قيضان أى مثلان. (عينى)

باقيًا[١]، والله أعلم بالصواب.

باب المرابحة والتولية[٢]

قال[٣]: المرابحة نقل ما ملكه[٤] بالعقد الأول[٥] بالثمن الأول[٦] مع زيادة ربح، والتولية نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح، والبيعان جائزان؛ لاستجماع[٧] شرائط الجواز[٨]، والحاجة ماسة إلى هذا النوع من البيع، لأن الغبى الذى[٩] لا يهتدى فى التجارة يحتاج إلى أن يعتمد فعل الذكى المهتدى، ويطيب نفسه بمثل ما اشترى[١٠]، وبزيادة ربح[١١]، فوجب القول بجوازهما[١٢]، ولهذا[١٣] كان مبناهما[١٤] على الأمانة، والاحتراز عن الخيانة[١٥]، وعن شبهتها[١٦]،

---

(١٤) العوضين ولو هلكا لا يجوز. (ن)

(١٥) أى لا تبطل الإقالة بعد وجودها بهلاك أحدهما. (كفاية)

(١) لأن الأصل وجود المبيع.

(٢) قوله: "المرابحة إلخ" البياعات بحسب الثمن الذى يذكر بمقابلة السلعة أنواع أربعة، المساومة، وهى التى لا يلتفت إلى الثمن السابق، ومنها بيع الوضيعة وهو البيع بأقل من الثمن الأول، ومنها المرابحة، والتولية، وقولنا بحسب الثمن الذى يذكر بمقابلة السلعة يخرج الصرف. (ك)

قوله: "المرابحة" لما فرغ مما يتعلق بالأصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة، شرع فى بيان الأنواع التى تتعلق بالثمن. (مل)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) قوله: "نقل ما ملكه" أى من السلع، لأنه إذا اشترى بالدراهم الدنانير لا يجوز بيع الدنانير بعد ذلك مرابحة. (ك)

(٥) قوله: "بالعقد الأول" أى بما ملكه، لأن من غصب عبدًا، وأبق العبد من يد الغاصب، وقضى القاضى بالقيمة، ثم عاد العبد، فللغاصب أن يبيع العبد مرابحة على القيمة التى أداها إلى مالكه. (ك)

(٦) قوله: "بالثمن الأول" أى بما قام عليه، لأنه لو ضم إلى الثمن الأول أجرة القصار والصباغ والطراز، والفتل جاز، ولأنه لو ملك أصل الثوب بميراث أو هبة، أو وصية فقومه بقيمة، ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز. (كفاية)

(٧) والمبيع معلوم والثمن معلوم.

(٨) من الحرية، والعقل، والبلوغ، ومبادلة المال بالمال.

(٩) صفة كاشفة، الذى يخفى عليه الأمور.

(١٠) هذا فى التولية.

(١١) هذا فى المرابحة.

(١٢) المرابحة والتولية.

(١٣) أى للاحتياج إلى الاعتماد. (ع)

(١٤) البيعين.

(١٥) قوله: "والاحتراز [تأكيد] عن الخيانة" حتى إذا اشترى إلى أجل ليس له أن يبيعه مرابحة إلا بالبيان. (ك)

(١٦) قوله: "وعن شبهتها" وعن هذا لم يصح المرابحة والتولية فيما إذا كان الثمن الأول من ذوات القيم، لأن المعادلة والمماثلة فى ذوات القيم إنما تعرف بالحزر والظن، فكان فيه شبهة عدم المماثلة، فيشبه الخيانة كما تحرم المجازفة فى

وقد صح أن النبى ﷺ[١] لما أراد الهجرة[٢] ابتاع[٣] أبو بكر رضى الله عنه بعيرين، فقال له النبى صلى الله عليه وآله وسلم: «ولّنى[٤] أحدهما فقال[٥] هو لك بغير شىء فقال عليه السلام أما بغير ثمن فلا[٦]»*.

قال[٧]: ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض[٨] مما له مثل[٩]، لأنه إذا لم يكن له[١٠] مثل لو ملكه ملكه بالقيمة، وهى مجهولة[١١].

ولو كان المشترى باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل[١٢]، وقد باعه ربح درهم،

الأموال الربوية لذلك. (ع)

(١) قوله: "وقد صح [كذا فى "كتاب السير" تصنيف محمد بن إسحاق، كذا قيل] إلخ" قلت: غريب، وروى عبد الرزاق فى "مصنفه" عن سعيد بن المسيب عن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: «التولية والإقالة والشركة سواء لا بأس به»، وحديث أبى بكر فى البخارى عن عائشة رضى الله عنها وفيه أن أبا بكر رضى الله عنه قال للنبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: خذ بأبى أنت وأمى يا رسول الله إحدى راحلتى هاتين، فقال عليه السلام: «بالثمن» الحديث، ليس فيه غير ذلك، أخرجه فى بدء الخلق. ورواه أحمد فى "مسنده" ولفظه: فأعطاه أبو بكر إحدى الراحلتين، فقال: خذها يا رسول الله فاركبها، فقال عليه السلام: «قد أخذتها بالثمن» الحديث، وفى "الطبقات" لابن سعد: وكان أبو بكر قد اشتراهما بثمانمائة درهم من نعم بنى قشير، فأخذ إحداهما وهى القصوى، الحديث. (ت)

قوله: "وقد صح" قال ابن إسحاق: فلما قرب أبو بكر إحدى الراحلتين، قدم له أفضلهما، ثم قال له: اركب فداك أبى وأمى، وقال: «لا، ولكن بالثمن الذى ابتعتها به»، قال أبو بكر: اشتريته بكذا وكذا، قال رسول الله ﷺ: «أخذتها بذلك»، قال الواقدى بإسناده: أخذ القصوى، وكان أبو بكر اشتراه بثمانمائة درهم، وقالت عائشة فى ما ذكره ابن هشام: هى الجدعاء، وكذا حكى السهيل عن ابن إسحاق: إنها الجدعاء. (تاريخ ابن كثير)

(٢) إلى المدينة.

(٣) اشترى.

(٤) أى بعه منى تولية.

(٥) أبو بكر.

(٦) أى فلا آخذه.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣١، والدراية ج٢، الحديث ٧٨٨ ص١٥٤. (نعيم)

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) الأول.

(٩) قوله: "مما له مثل" أى من ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات، والعدديات المتقاربة، لأنه إذا لم يكن من ذوات الأمثال بل من ذوات القيم أى العدديات المتقاربة كالثياب والدور والعبيد لو ملكه، أى المشترى الثانى ملكه بالقيمة، لأن المشترى الثانى لا يملك العوض الأول، فلا يمكن له رد عينه، ولا رد مثله، إذ لا مثل له، والقيمة مجهولة تعرف الخرز والظن، فيتمكن شبهة الخيانة، ويجب الاحتراز عنها. (مل)

(١٠) العوض.

(١١) القيمة.

(١٢) قوله: "ممن يملك إلخ" صورته: أن يشترى رجل عبدا بثوب، فسلم الثوب، وقبض العبد، ثم إن بائع العبد ملك الثوب آخر، فمشترى العبد باع العبد من الذى ملك الثوب بذلك الثوب، وبربح درهم، أو قفيز حنطة جاز. (ك)

أو بشيء من المكيل موصوف[١] جاز؛ لأنه يقدر على الوفاء بما التزم، وإن باعه[٢] بربح ده يازده[٣] لا يجوز، لأنه باعه[٤] برأس المال[٥]، و ببعض قيمته، لأنه ليس من ذوات الأمثال. ويجوز أن يضيف إلى رأس المال[٦] أجرة القصار[٧]، والطراز[٨] والصبغ، والفتل[٩]، وأجرة حمل الطعام[١٠]؛ لأن العرف جارٍ بإلحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار، ولأن كل ما يزيد في المبيع، أو في قيمته يلحق به[١١]، هذا[١٢] هو الأصل[١٣]، وما عددناه بهذه الصفة لأن الصبغ وأخواته[١٤] يزيد[١٥] في العين[١٦]، والحمل يزيد في القيمة إذ القيمة تختلف باختلاف المكان[١٧].

ويقول[١٨]: قام علي بكذا، ولا يقول: اشتريته بكذا، كيلا يكون كاذبًا[١٩]،

---

(١) معين.

(٢) أي باع الذي اشتراه ببدل غير مثلي ممن يملك ذلك البدل بربح ده يازده إلخ.

(٣) قوله: "بربح ده يازده" معنى قولنا: بربح ده يازده أي بربح مقدار درهم على عشرة، فإن كان الثمن الأول عشرة كان الربح درهما، وإن كان عشرين كان الربح درهمين، وإن كان ثلثين كان الربح ثلاث دراهم، فتسمية ربح ده يازده تقتضي أن يكون الربح من جنس رأس المال، لأنه جعل الربح مثل عشر الثمن، وعشر الشيء يكون من جنسه، والثمن ههنا ليس من ذوات الأمثال بل من ذوات القيم، فيصير بائعًا للعبد بذلك الثوب، وبجزء من أحد عشر جزء من الثوب، والجزء الحادي عشر لا يعرف إلا بالقيمة، فيكون بائعًا بالثوب، وببعض قيمته، والقيمة مجهولة فلا يجوز. (ك)

(٤) العبد.

(٥) الثوب.

(٦) المبيع.

(٧) گاذر. (من)

(٨) الطراز [كشيده دوز] علم الثوب فارسي معرب. (صحاح) نگار جامه. (من)

(٩) قوله: "والفتل [تافتن. من]" هو ما يصنع بأطراف الثياب بحرير، أو كتان من فتلت الحبل أفتله بحرير. (رد المحتار)

(١٠) من موضع إلى موضع.

(١١) أي برأس المال.

(١٢) أي قوله: كل ما إلخ.

(١٣) قاعدة كلية.

(١٤) أي الفتل والطراز.

(١٥) باعتبار الاتصال.

(١٦) المبيع.

(١٧) بحسب قرب المسافة وبعدها.

(١٨) قوله: "ويقول [هذا لفظ القدوري. (عيني) في كل موضع [illegible] أن يضم إلى رأس المال] إلخ" وإذا اشترى الرجل متاعًا، ثم رقمه بأكثر من ثمنه، ثم باعه مرابحة على رقمه جاز، ولا يقول: قام علي بكذا، ولا اشتريته، فإن ذلك كذب، ولكن يقول: رقمته فأنا أبيعه على ذلك. (نهاية)

(١٩) إذ القيام عليه عبارة عن الحصول بما عزم فيه القدر المسمى.

وسوق الغنم[1] بمنزلة[2] الحمل بخلاف أجرة الراعي[3] وكراء بيت الحفظ؛ لأنه[4] لا يزيد في العين[5] والمعنى[6]، وبخلاف أجرة التعليم[7]، لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه[8] وهو حذاقته[9]. فإن اطلع المشترى على خيانة في المرابحة[10]، فهو بالخيار عند أبي حنيفة رحمه الله إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه، وإن اطلع على خيانة في التولية أسقطها[11] من الثمن، وقال أبو يوسف: يحط[12] فيهما، وقال محمد: يخير[13] فيهما. لمحمد أن الاعتبار[14] للتسمية لكونه[15] معلوماً[16] والتولية[17] والمرابحة ترويج وترغيب، فيكون[18] وصفًا مرغوبًا فيه[19] كوصف

---

(١) من موضع إلى موضع.

(٢) قوله: "بمنزلة الحمل" لأن القيمة تختلف باختلاف المكان، فيضم ما أنفق على الغنم في سياقها كما أن له أن يضم أجرة الحمل. (مل)

(٣) حيث لا تضم، فإن الراعي يستحق الأجر باعتبار الحفظ. (ك)

(٤) قوله: "لأنه" أي لأن كل واحد من أجرة الراعي وكراء بيت الحفظ.

(٥) قيمة.

(٦) المالية.

(٧) قوله: "وبخلاف أجرة التعليم إلخ" فإنه إذا أنفق على عبده في تعليم عمل من الأعمال دراهم لم يلحقها برأس المال، وكذلك الشعر، والغناء، والعربية، وأجرة تعليم القرآن والحساب، إلا إذا كان فيه عرف ظاهر بإلحاقه كان له أن يلحقه، لأن زيادة المالية باعتبار معنى في المتعلم وإن كان لا بد من التعليم، إلا أن التعلم آخر الأمرين وجودا، وأنه حصل بفعل مختار، فيكون حصول الزيادة مضافًا إليه لا إلى التعليم. وأجرة السمسار تضم إن كانت مشروطة في العقد بالإجماع وإن لم تكن مشروطة، بأن كانت مرسومة فأكثر المشايخ على أنها لا تضم، ومنهم من قال: تضم.
والباج الذي يؤخذ في الطريق لا يلحق برأس المال، قال زفر: ولو كان في موضع جرت العادة فيما بين التجار بإلحاقه برأس المال يلحق به أيضًا. وفي "المبسوط": وفي إلحاق شيء برأس المال المعتبر العرف الظاهر، وما عمل بيده عن قصارة، أو خياطة، أو ما أشبه ذلك من الأعمال لا يضمه إلى رأس المال. (ك)

(٨) قوله: "لمعنى فيه [البيع]" لا بالتعليم، فالتعليم شرط أو جزء أول لعلة ذات جزئين، والحكم لا يضاف إلى الشرط لا إلى الجزء الأول. (مل)

(٩) وذكاوته.

(١٠) قوله: "فإن اطلع إلخ" بإقرار البائع أو بالبينة، وفي "المبسوط": وبنكوله عن اليمين. (نهاية)

(١١) أي أسقط قدر الخيانة.

(١٢) أي يحط قدر الخيانة في المرابحة والتولية جميعًا.

(١٣) إن شاء أخذ بجميع الثمن وإن شاء ترك.

(١٤) في العقد.

(١٥) التسمية.

(١٦) والثمن يجب أن يكون معلومًا. (ن)

(١٧) أي ذكر التولية والمرابحة.

السلامة[١]، فيتخير بفواته[٢]، ولأبي يوسف أن الأصل فيه[٣] كونه[٤] تولية[٥] ومرابحة، ولهذا ينعقد[٦] بقوله: وليّتك بالثمن الأول، أو بعتك مرابحة على الثمن الأول إذا كان ذلك[٧] معلومًا، فلا بد من البناء[٨] على الأول[٩]، وذلك بالحط، غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال[١٠]، وفي المرابحة منه ومن الربح[١١]. ولأبي حنيفة أنه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية[١٢]، لأنه يزيد على الثمن الأول[١٣]، فيتغير التصرف، فتعين الحط، وفي المرابحة لو لم يحط تبقى[١٤] مرابحة وإن[١٥] كان يتفاوت[١٦] الربح فلا يتغير التصرف[١٧]، فأمكن القول[١٨]

---

(١٨) ذكر التولية والمرابحة.

(١٩) لوجود الأمن من الغبن. (ك)

(١) قوله: "كوصف السلامة" أي كوصف سلامة المبيع، فإذا فات الوصف المرغوب فيه بظهور الخيانة كان بمنزلة العيب. (عيني)

(٢) كما إذا وجد المبيع معيبًا.

(٣) أي في لفظ المرابحة والتولية.

(٤) العقد.

(٥) لا التسمية.

(٦) العقد.

(٧) أي الثمن.

(٨) أي بناء العقد الثاني.

(٩) قوله: "على الأول" أي على العقد الأول، وقدر الخيانة لم يكن ثابتًا في العقد الأول، فلا يمكن إثباته في العقد الثاني فيحط. (عيني)

(١٠) قوله: "في التولية إلخ" بأن اشترى ثوبًا بثمانية، فقال لغيره: اشتريته بعشرة، وبعتك بمثل ما قام علي، ثم علم المشتري يأخذها بثمانية. (نهاية)

(١١) قوله: "منه ومن الربح" حتى لو باع ثوبًا بعشرة على ربح خمسة، فظهر أن الثمن كان ثمانية يحط قدر الخيانة وهو درهمان من الأصل، وما قابله من الربح، وهو درهم، فيأخذ الثوب باثني عشر درهمًا، لأن هذا ربحا في الكل، وظهرت الخيانة في الكل. (عيني)

(١٢) قوله: "لا تبقى تولية" لأنها تكون بالثمن الأول، وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز أن لا تبقى تولية لئلا يتغير التصرف، فتعين الحط. (ع)

(١٣) فيصير مرابحة.

(١٤) كما كانت من غير تصرف في العقد.

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) أي يصير أكثر.

(١٧) أي العقد.

(١٨) لفوات الرضاء.

بالتخيير، فلو هلك[١] قبل أن يرده[٢]، أو حدث فيه[٣] ما يمنع الفسخ يلزمه[٤] جميع الثمن فى الروايات الظاهرة[٥]، لأنه مجرد خيار[٦] لا يقابله شىء من الثمن، كخيار الرؤية[٧] والشرط، بخلاف خيار العيب[٨]، لأنه مطالبة بتسليم الفائت، فيسقط ما يقابله[٩] عند عجزه[١٠] قال[١١]: ومن اشترى ثوبًا فباعه بربح، ثم اشتراه، فإن باعه مرابحة طرح عنه[١٢] كل ربح كان قبل ذلك[١٣]، فإن كان استغرق[١٤] الثمن لم يبعه مرابحة، وهذا عند أبى حنيفة، وقالا: يبيعة مرابحة على الثمن الأخير، صورته إذا اشترى ثوبًا بعشرة، وباعه[١٥] بخمسة عشر، ثم اشتراه[١٦] بعشرة فإنه يبيعه مرابحة بخمسة[١٧]، ويقول[١٨]: قام على بخمسة.

ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة، ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلا، وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة فى الفصلين[١٩]. لهما: أن العقد الثانى[٢٠]

---

(١) المبيع فى بيع المرابحة بعد ظهور الخيانة.

(٢) المبيع.

(٣) المبيع.

(٤) المشترى.

(٥) قوله: "فى الروايات الظاهرة" احترز به عما روى عن محمد فى غير رواية الأصول أنه يفسخ البيع على القيمة إن كانت أقل من الثمن ويسترد، والمشترى الثمن الذى سلمه إلى البائع حتى يندفع الضرر عن المشترى. (عينى)

(٦) وقد تعذر الرد بالهلاك أو غيره، فيسقط الخيار.

(٧) إذا تعذر الرد بالهلاك وغيره يسقط الخيار.

(٨) قوله: "بخلاف خيار العيب" حيث لا يجب كل الثمن بل ينقص عنه مقدار العيب. (عناية)

(٩) من الثمن.

(١٠) قوله: "عند عجزه" أى عند عجز المشترى عن الرد بالهلاك، أو بحدوث ما يمنع الفسخ، أو المعنى عند عجز البائع عن تسليم الفائت. (مل)

(١١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٢) أى عن ثمن ما اشترى.

(١٣) الشراء الثانى.

(١٤) الربح.

(١٥) بعد القبض.

(١٦) بعد نقد الثمن، وتسليم المبيع.

(١٧) قوله: "فإنه يبيعه إلخ" ويحط من الثمن الثانى الربح الذى ربح وهو خمسة. (مل)

(١٨) ولا يقول: اشتريته بخمسة لئلا يصير كاذبًا.

(١٩) أى فصل الاستغراق وعدمه.

(٢٠) الشراء بعشرة.

عقد متجدد(١) منقطع الأحكام عن الأول(٢)، فيجوز بناء المرابحة عليه كما إذا تخلل ثالث(٣)، ولأبى حنيفة أن شبهة حصول الربح(٤) بالعقد الثانى ثابتة، لأنه يتأكد به بعد(٥) ما كان على شرف(٦) السقوط بالظهور على عيب، والشبهة كالحقيقة فى بيع المرابحة احتياطًا، ولهذا(٧) لم تجز المرابحة(٨) فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة(٩)، فيصير كأنه اشترى خمسة(١٠)، وثوبًا بعشرة، فيطرح خمسة، بخلاف ما إذا تخلل ثالث، لأن التأكد(١١) حصل بغيره(١٢).

---

(١) ورد على مال معلوم ببدل معلوم.

(٢) قوله: "منقطع الأحكام عن الأول" لأن الشفيع إذا سلم الشفعة فى العقد الأول فله الشفعة فى العقد الثانى. (ك)

(٣) قوله: "كما إذا تخلل [فإنه يجوز البيع مرابحة على الثمن الأخير] ثالث" بأن اشترى من مشترى مشتريه، توضيحه: أنه باعه بعشرين، ثم باعه المشترى إلى ثالث، ثم اشتراه البائع الأول بعشرة يجوز المرابحة بعشرة. (عينى)

(٤) الحاصل بالعقد الأول. (ع)

(٥) قوله: "بعد ما كان على شرف السقوط" بأن يجد المشترى بالثوب عيبًا، فيرده ويسترد منه كل الثمن، ويبطل حقه فى الربح، وبالشرى ثانيًا وقع الأمن عن البطلان، فالمستفاد بالشراء الثانى الثوب، وتأكد الربح الأول، وللتأكيد شبه بالإيجاب حتى ضمن شهود الطلاق قبل الدخول نصف الصداق إذا رجعوا، لأن شهادتهم أكدت نصف المهر الذى كان على شرف السقوط بالردة، وتمكين ابن الزوج وبيع المراحة يمتنع بالشبهة كما يمتنع بالحقيقة. (ك)

(٦) قوله: "شرف محركه برامر بزرگ رسيدن از خير يا از شر. (من)

(٧) أى للاحتياط.

(٨) قوله: "لم تجز المرابحة إلخ" صورته: لرجل على آخر عشرة دراهم، فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب مرابحة على عشرة، لأن الصلح بناه على التجوز والحط، ولو وجدت حقيقة الحط لم يبع مرابحة بعشرة، فكذا لو وجدت شبهته. (مل)

(٩) قوله: "حطيطة [وهى ما يحط من الثمن السلعة]" كسفينة ثمن كم كرده شده يا آنكه كم كنند وفرو نهند از چيزى. (من)

(١٠) قوله: "فيصير إلخ" أى فصار فى الفصل الأول كأنه اشترى فى العقد الثانى ثوبًا، وخمسة دراهم بعشرة، فالخمسة بإزاء الخمسة، وبقى الثوب بخمسة، فيبيعه بخمسة مرابحة، وفى الفصل الثانى كأنه اشتراه، وعشرة بعشرة، فصارت العشرة بالعشرة، ولم يبق بمقابلة الثوب شىء، فلا يبيعه مرابحة.

ولا يقال: على هذا ينبغى أن يفسد الشراء الثانى فى الفصل الثانى، كأنه اشترى ثوبًا وعشرة بعشرة، فكان فيه شبهة الربا، لأنا نقول: إن الربح الأول لم يصر مقابلا بالثمن الثانى حقيقة، وإنما تثبت له شبهة المقابلة من حيث إن للتأكد شبهًا بالإيجاب، والشبهة تكفى لمنع بيع المرابحة، ولا تكفى لإفساد العقد، لأن المنع فى بيع المرابحة لحق العبد لا لحق الشرع، حتى يجوز عند البيان، وإذا رضى به بعد البيع يجوز.

ولا يلزم على هذا ما إذا وهب له ثوب، فباعه بعشرة، ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة على عشرة، لأنه ممنوع فى رواية عن أبى حنيفة، ولو سلم فنقول: بالبيع الثانى وإن كان يتأكد انقطاع حق الواهب فى المرجوع لكنه ليس بمال. (ك)

(١١) أى تأكد الربح.

(١٢) قوله: "بغيره [أى بفعل غيره، وهو الثالث]" فلم يستفد الربح المشترى الأول بالشراء الثانى، فانتفت الشبهة. (عينى)

قال[١]: وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبًا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته[٢]، فباعه من المولى بخمسة عشر[٣]، فإنه[٤] يبيعه مرابحة على عشرة، وكذلك[٥] إن كان المولى اشتراه، فباعه[٦] من العبد، لأن في هذا العقد[٧] شبهة العدم[٨] لجوازه[٩] مع المنافي فاعتبر عدمًا[١٠] في حكم المرابحة، وبقي الاعتبار للأول[١١]، فيصير كأن العبد اشتراه[١٢] للمولى بعشرة في الفصل الأول[١٣]، وكأنه يبيعه[١٤] للمولى في الفصل الثاني[١٥]، فيعتبر الثمن الأول.

قال[١٦]: وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف[١٧]، فاشترى ثوبًا بعشرة،

---

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٢) قوله: "وعليه دين إلخ" إنما قيد بالدين المحيط برقبته، لأنه لو لم يكن على العبد دين، فباع العبد من مولاه شيئًا فإنه لا يصح، فإن هذا البيع لا يفيد للمولى شيئًا لم يكن له قبل البيع لا ملك الرقبة، ولا ملك التصرف.
وكذا إذا كان عليه دين لا يحيط بماله لأنه لا يمنع ملك المولى بالإجماع، لأن كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين، فلو جعل مانعًا لانسد باب الانتفاع بكسبه، فيختل ما هو المقصود من الإذن، ولو كان محيطًا بماله دون رقبته، فباع من المولى شيئًا صح البيع، ولكن فيه شبهة العدم أيضًا، فلا يبيعه المولى مرابحة بالثمن الذي اشتراه من العبد، لأنه لما لم يجز للمولى بيع ما اشترى من عبده وعليه دين يحيط برقبته مع أنه أجنبي عن كسبه، فلأن لا يجوز وعليه دين محيط بماله دون رقبته أولى، فظهر أنه إنما قيد بقوله: وعليه دين إلخ ليثبت الحكم فيما لا يحيط بالطريق الأولى. (كفاية)

(٣) الثوب.

(٤) المولى.

(٥) أي يبيع العبد مرابحة على عشرة.

(٦) بخمسة عشر.

(٧) أي بيع العبد من المولى وعكسه.

(٨) أي شبهة عدم الجواز لا حقيقة عدم الجواز.

(٩) قوله: "لجوازه" أي لجواز العقد لقيام الدين مع وجود المنافي للجواز، وهو كون العبد ملكًا للمولى، فصار كأنه باع ملك نفسه من نفسه، و كذا في الشراء. (عيني)

(١٠) لوجوب الاحتراز في المرابحة عن شبهة الخيانة.

(١١) أي العقد الأول.

(١٢) قوله: "كأن العبد اشتراه" أي بالوكالة لأجل المولى، فلو ثبت الوكالة حقيقة لم يبعه المولى إلا على عشرة، فكذا إذا تمكنت شبهة الوكالة لأن الشبهة ملحقة بالحقيقة في بيع المرابحة. (ل)

(١٣) وهو ما إذا باعه العبد من مولاه. (ك)

(١٤) قوله: "وكأنه يبيعه [عبد]" أي بالوكالة لأجل المولى، فلو كان المولى يرابح بنفسه لكان يرابح على عشرة، فكذا إذا ربح العبد. (مل)

(١٥) وهو ما إذا باعه المولى من عبده. (ك)

(١٦) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٧) أي بقرار الشركة في الربح بالنصف.

وباعه من رب المال بخمسة عشر، فإنه[١] يبيعه مرابحة باثنى عشر ونصف، لأن هذا البيع[٢] وإن[٣] قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح[٤]، خلافًا لزفر[٥] مع أنه[٦] اشترى ماله بماله[٧] لما فيه من استفادة[٨] ولاية التصرف وهو مقصود، والانعقاد[٩] يتبع الفائدة[١٠]، ففيه شبهة العدم[١١]، ألا ترى[١٢] أنه[١٣] وكيل عنه[١٤] فى البيع الأول من وجه[١٥]، فاعتبر البيع الثانى[١٦] عدمًا[١٧] فى حق نصف الربح.

قال[١٨]: ومن اشترى جارية، فاعورّت[١٩] ووطئها وهى ثيب، يبيعها مرابحة ولا يبين[٢٠]؛ لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن، لأن الأوصاف[٢١] تابعة[٢٢] لا

---

(١) أى فإن رب المال.

(٢) أى بيع المضارب من رب المال.

(٣) الواو وصلية.

(٤) قوله: "عند عدم الربح [وعند وجوده جاز بالاتفاق، لأنه صار شريكًا فى الربح]" كما هو كذلك ههنا، لأن الربح إنما يحصل إذا بيع من الأجنبى. (درر)

(٥) قوله: "خلافًا لزفر" فإن عنده بيع المضارب من رب المال وبالعكس لا يجوز إذا لم يكن فى المال ربح. (مل)

(٦) رب المال.

(٧) لأن رقبة المال له.

(٨) قوله: "من استفادة إلخ" لأن بتسليم رب المال ماله إلى المضارب انقطعت ولاية رب المال عن ماله فى التصرف فيه، وبالشراء تحصل. (نهاية)

(٩) أى انعقاد العقد.

(١٠) قوله: "يتبع الفائدة" ولهذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره واشتراهما صفقة واحدة جاز، ودخل عبده فى الشراء لحصول الفائدة فى حق انقسام الثمن، ثم يخرج، فكذا ههنا. (عينى)

(١١) قوله: "ففيه [جواب قوله: وإن قضى] شبهة العدم" لما قال زفر: إن البيع تمليك المال بالمال، وأنه معدوم ههنا. (ك)

(١٢) إيضاح لقوله: ففيه شبهة العدم. (ك)

(١٣) المضارب.

(١٤) رب المال.

(١٥) قوله: "من وجه" لأنه يعمل لنفسه ولرب المال، ولهذا يكون الربح لهما، بخلاف الوكيل لأنه يعمل للموكل، ولهذا يكون الربح له. (عينى)

(١٦) قوله: "فاعتبر [لما فيه من شبهة العدم، أى بيع المضارب من رب المال] إلخ" يعنى أن المضارب لما كان وكيلا عنه، وجب أن لا يجوز البيع بينهما، كما لا يجوز البيع بين الموكل وبين وكيله فيما وكله فيه، فصار بيع المضارب من رب المال باطلا فى حق نصف الربح، لأن ذلك حق رب المال، فأما درهمان ونصف فحق المضارب، ولا شبهة فى أصل الثمن، فلهذايبيعه مرابحة على اثنى عشر ونصف. (ك)

(١٧) معدومًا.

(١٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٩) فى يد المشترى بآفة سماوية (ف) يک چشم شد.

يقابلها الثمن، ولهذا[١] لو فاتت[٢] قبل التسليم[٣] لا يسقط شيء من الثمن[٤]، وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن[٥]، والمسألة فيما إذا لم ينقصها الوطئ[٦]، وعن أبي يوسف في الفصل الأول[٧] أنه لا يبيع من غير بيان، كما إذا احتبس[٨] بفعله، وهو قول الشافعي[٩].

فأما[١٠] إذا فقأ[١١] عينها بنفسه، أو فقأها أجنبي[١٢]، فأخذ أرشها[١٣] لم يبعها مرابحة[١٤] حتى يبين؛ لأنه[١٥] صار مقصودًا بالإتلاف، فيقابلها[١٦] شيء من الثمن،

(٢٠) قوله: "ولا يبين" قال الزيلعي: المراد بقولهم: يبيعه مرابحة بلا بيان أنه اشتراه سليمًا بكذا من الثمن، ثم أصابه العيب عنده بعد ذلك، وأما نفس العيب فلا بد من بيانه بأن يبين العيب والثمن من غير أن يبين أنه اشتراه سليما، ثم حدث به العيب عنده. (درر)

(٢١) قوله: "لأن الأوصاف إلخ" فإن قيل: كما أن أعضاء المبيع وصف فكذلك الأجل، يقال: ثمن مؤجل وثمن حال، كما يقال: مبيع سليم، ومعيب، فكيف وجب بيان وصف الأجل فيه على ما يأتي، قلنا: جوابه أيضًا يأتي، وهو أن الأجل له قسط من الثمن. (ن)

(٢٢) والأصل باق.

(١) توضيح لقوله: الأوصاف تابعة.

(٢) العين.

(٣) إلى المشترى. (ع)

(٤) كذا ههنا.

(٥) قوله: "لا يقابلها إلخ" عورض بأن منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل أن المشترى إذا وطئها، ثم وجد عيبا لا يتمكن من الرد وإن كانت ثيبا، وماذلك إلا باعتبار أن المستوفى من الوطئ بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشترى.

وأجيب بأن عدم جواز الرد باعتبار أنه إن ردها، فإما أن يردها مع العقر أو بدونه، لا سبيل إلى الأول، لأن الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد، والعقد لم يرد على الزيادة، فالفسخ لا يرد عليها، ولا إلى الثاني لأنها تعود إلى قديم ملك البائع، ويسلم الوطئ للمشترى مجانًا لا باعتبار احتباس جزء من المبيع. (عناية)

(٦) أي الثيب.

(٧) أي اشترى جارية فاعورّت.

(٨) الشيء الغائب.

(٩) قوله: "وهو قول الشافعي" بناء على مذهبه أن للأوصاف حصة من الثمن من غير فصل بين ما كان التعيب بآفة سماوية، أو بصنع العباد. (ع)

(١٠) قوله: "فأما إذا إلخ" راجع إلى أول المسألة، وفي بعض النسخ، قلنا: فيكون جوابا لقول أبي يوسف والشافعي. (عناية)

(١١) فَقَأ –بالفتح– كور كردن. (من)

(١٢) سواء كان بأمر المشترى أو بغيره. (عناية)

(١٣) أرش –بالفتح– ديت جراحت.

(١٤) قوله: "لم يبعها إلخ" أما إذا كان بأمر المشترى فإنه كفعل المشترى بنفسه، وأما إذا كان بغير أمره فلأنه جناية توجب ضمان النقصان عليه، فيكون المشترى حابس بدل جزء من المعقود عليه، فيمتنع المرابحة بدون البيان، وعبارة المصنف تدل بالتنصيص على أخذ أرشها، وهوالمذكور في لفظ محمد في أصل "الجامع الصغير".

وكذا إذا وطئها[١] وهي بكر، لأن العذرة[٢] جزء من العين[٣] يقابلها الثمن، وقد حبسها[٤]. ولو اشترى ثوبًا، فأصابه فرض فأر[٥]، أو حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان، ولو تكسّر[٦] بنشره وطيّه لا يبيعه حتى يبين، والمعنى ما بيناه[٧].

قال[٨]: ومن اشترى غلامًا بألف درهم نسيئة، فباعه بربح مائة ولم يبين[٩]، فعلم المشترى، فإن شاء رده، وإن شاء قبل، لأن للأجل شبهًا بالمبيع، ألا يرى[١٠] أنه يزاد فى الثمن لأجل الأجل[١١]، والشبهة فى هذا[١٢] ملحقة بالحقيقة[١٣]، فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما[١٤]، والإقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة، فإذا ظهرت[١٥] يخير[١٦] كما فى العيب[١٧]، وإن

وقال فى "النهاية": كأن ذكر الأرش وقع اتفاقا، لأنه لما فقأ الأجنبي وجب عليه ضمان الأرش، ووجوب ضمان الأرش سبب لأخذ الأرش، فأخذ حكمه، ثم قال: والدليل على هذا إطلاق ما ذكره فى "المبسوط". (عناية)

(١٥) الوصف.

(١٦) العين.

(١) فلا يبيع مرابحة إلا بالبيان.

(٢) بالضم: البكارة. (ق)

(٣) أى عين المبيع.

(٤) بفعل قصدى.

(٥) قوله: "فرض [بريدن] فأر" فى "الفوائد الظهيرية": الفرض –بفاء معجمة من فوقها بواحدة– نص على هذا صدر الإسلام أبو اليسر، كذا فى "الكفاية"، وقال فى "العناية": بالقاف من قرض الثوب بالمقراض إذا قطعه. (مل)

(٦) الثوب.

(٧) قوله: "والمعنى [الدليل] ما بيناه" أما فى فرض فأر فلما ذكر في الاعورار أن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن، وأما فى حق تكسر الثوب بنشره، فلما ذكر فى فقأ العين أنه صار مقصوداً بالإتلاف. (ك)

(٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٩) أنه اشتراه نسيئة.

(١٠) توضيح لقوله: لأن للأجل إلخ.

(١١) قوله: "لأجل الأجل" ونوقض بأن الغلام السليم الأعضاء يزاد فى ثمنه لأجل سلامة الأعضاء بالنسبة إلى غير السليم، وإن فاتت سلامة الأعضاء لم يجب البيان على البائع، كما مر فى مسألة اعورار العين.
وأجيب بأن الزيادة هناك ليست منصوصة عليها، إنها فى مقابلة السلامة، وما نحن فيه هو أن يقول: إن اجلتنى مدة كذا فثمنه يكون كذا بزيادة مقدار، فيثبت زيادة الثمن بالشرط، ولا يثبت ذلك فى سلامة الأعضاء. (عناية)

(١٢) أى باب المرابحة.

(١٣) أى حقيقة المبيع.

(١٤) وهذا حرام.

(١٥) أى الخيانة بسبب أنه لم يتبين أنه نسيئة.

(١٦) فى الأخذ والترك. (عينى)

استهلكه[١] ثم علم[٢] لزمه بألف ومائة، لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن.

قال[٣]: فإن كان ولاه[٤] إياه ولم يبين[٥] رده إن شاء؛ لأن الخيانة في التولية مثلها[٦] في المرابحة، لأنه بناء[٧] على الثمن الأول، وإن كان استهلكه ثم علم[٨]، لزمه بألف حالة لما ذكرناه[٩]. وعن أبي يوسف أنه يرد القيمة[١٠]، ويسترد كل الثمن، وهو[١١] نظير ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد[١٢]، وعلم بعد الإنفاق[١٣]، وسيأتيك[١٤] من بعد إن شاء الله تعالى.

وقيل[١٥]: يقوّم بثمن حالّ، وبثمن مؤجل، فيرجع بفضل ما بينهما، ولو لم يكن الأجل مشروطًا في العقد، ولكنه منجم[١٦] معتاد[١٧]، قيل: لا بد من بيانه، لأن المعروف[١٨] كالمشروط[١٩]، وقيل: يبيعه، ولا يبينه[٢٠]، لأن الثمن حال[٢١].

---

(١٧) أي كما له الخيار عند ظهور العيب في المبيع. (عيني)

(١) قوله: "وإن استهلكه" أي إن استهلك المشتري المبيع بوجه بأن باعه، أو بوجه آخر لزمه، أي لزم المبيع المشتري لتعذر الفسخ بألف ومائة، لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة، ولكن فيه شبهة المقابلة، فباعتبار شبهة الخيانة كان له أن يفسخ البيع إذا كان المبيع قائما، فأما إن يسقط من الثمن شيء بعد الهلاك بمقابلة الأجل فلا، وإلا لكان ما فرضناه شبهة حقيقة، هذا خلف. (عيني)

(٢) الخيانة.

(٣) أي محمد في "الجامع". (عيني)

(٤) أي الغلام.

(٥) أنه اشتراه بألف نسيئة وعلم المشتري.

(٦) الخيانة.

(٧) أي لأن التولية مبنية على الثمن الأول بلا زيادة ولا نقصان.

(٨) أي الخيانة.

(٩) من أن الأجل لا يقابله شيء من الثمن. (ك)

(١٠) أي المشتري بعد الهلاك قيمة العين.

(١١) هذا الحكم.

(١٢) بأن كان له على آخر عشرة جياد فاستوفى زيوفًا.

(١٣) فيرد زيوفا ويأخذ الجياد.

(١٤) في مسائل منثورة قبيل كتاب الصرف. (عناية)

(١٥) القائل الفقيه أبو جعفر الهندواني. (عيني)

(١٦) تنجيم اندک اندک گزاردن وام وپاره پاره کردن چيزى را. (م)

(١٧) قوله: "معتاد" يعني من عادات الناس إذا باعوا شيئًا بثمن غال من غير شرط الأجل في البيع يأخذون الثمن نجمًا نجمًا. (عيني)

(١٨) أي الثابت بالعرف.

قال[١]: ومن[٢] ولّى رجلا شيئًا بما قام عليه، ولم يعلم المشترى بكم قام عليه، فالبيع فاسد لجهالة الثمن. فإن أعلمه[٣] البائع فى المجلس فهو بالخيار إن شاء أخذه، وإن شاء تركه؛ لأن الفساد لم يتقرر[٤]، فإذا حصل العلم فى المجلس جعل كابتداء العقد[٥]، وصار كتأخير القبول[٦] إلى آخر المجلس[٧]، وبعد الافتراق[٨] قد تقرر[٩]، فلا يقبل الإصلاح، ونظيره بيع الشىء برقمه[١٠] إذا علم فى المجلس، وإنما يتخير، لأن الرضا لم يتم قبله[١١] لعدم العلم، فيتخير كما فى خيار الرؤية[١٢].

فصل[١٣]

ومن اشترى شيئًا مما ينقل[١٤] ويحوّل[١٥] لم يجز له بيعه[١٦] حتى يقبضه، لأنه

---

(١٩) بين العاقدين.

(٢٠) أى لا يجب البيان.

(٢١) قوله: "لأن الثمن حال" لعدم ذكر الأجل، والأصل الحال فى الثمن، واستيفاءه منجمًا لا يخرجه من أن يكون حالاً. (مل)

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٢) قوله: "ومن ولّى إلخ" أى قال: وليتك هذا بما قام على ويريد به ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصبغ والفتل وغير ذلك. (مل)

(٣) بثمنه.

(٤) لأن ساعات المجلس كساعة واحدة لعدم تبدل المجلس. (ك)

(٥) فله خيار القبول.

(٦) قوله: "وصار كتأخير [أى قال البائع فى أول المجلس: بعت، وقال المشترى فى آخره: اشتريت جاز. ن] إلخ" فإن القبول فى آخر المجلس يرتبط بالإيجاب، وإن تخللت بينهما ساعات فكذا العلم الحاصل فى آخر المجلس كالعلم الحاصل فى أوله، فصح على تقدير الابتداء، فأما بعد الافتراق فإصلاح لا ابتداء لتقرر الفساد بالافتراق، وهذا فساد لا يحتمل الإصلاح، لأن جهالة الثمن فساد فى صلب العقد بخلاف ما إذا باع إلى الحصاد، وأسقط الأجل قبل الحصاد، لأنه لم يتقرر، أو لأنه ليس فى صلب العقد، وهذا فى صلب العقد. (ك)

(٧) فالتأخير إلى آخر المجلس عفو كتأخير القبول إليه.

(٨) أى افتراق المجلس.

(٩) الفساد.

(١٠) قوله: "بيع الشىء برقمه" أى بعلامة أعلمها البائع على الثوب أن ثمنه كذا، فهو معلوم عند البائع، ومجهول عند المشترى، يقال: التاجر يرقم الثياب، أى يعلمها أن الثمن هكذا. (مل)

(١١) أى قبل العلم بقدر الثمن.

(١٢) إذا رآه إن شاء أخذ وإن شاء رد.

(١٣) قوله: "فصل" وجه إيراد هذا الفصل ظاهر، لأن المسائل المذكورة فيه ليست من باب المرابحة، ووجه ذكرها عقيب باب المرابحة اعتبار تقييدها بقيد زائد على البيع المجرد عن الأوصاف كالمرابحة والتولية. (ع)

(١٤) قوله: "مما ينقل" أى نقلا حسيا وهو المراد بقوله: يحول، فسره به لئلا يتوهم أنه احتراز عن المدبر. (ع)

عليه السلام نهى عن بيع[١] ما لم يقبض*، ولأن فيه[٢] غرر انفساخ العقد[٣] على اعتبار الهلاك[٤].

ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز، رجوعًا إلى إطلاق الحديث[٥]، واعتبارًا بالمنقول[٦]، وصار كالإجارة[٧].

ولهما أن ركن[٨] البيع صدر من أهله[٩] في محله[١٠]، ولا غرر فيه[١١]، لأن الهلاك في العقار نادر[١٢]، بخلاف المنقول[١٣]، والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد،

(١٥) عطف تفسير.

(١٦) قوله: "لم يجز له بيعه" قيد بالبيع، ولم يقل: لم يجز له التصرف ليقع المسألة على الاتفاق، فإن عند محمد يجوز الهبة والصدقة قبل القبض، وأبو يوسف يقول: البيع أسرع نفاذا من الهبة بدليل أن الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع، ثم البيع قبل القبض لا يجوز فالهبة أولى. (نهاية)

(١) قوله: "نهى عن بيع إلخ" أخرج النسائي في "سننه الكبرى" عن حكيم بن حزام قال: قلت: يارسول الله! إني رجل ابتاع هذه البيوع وأبيعها، فما يحل لي منها وما يحرم؟ قال: «لا تبيعن شيئًا حتى تقبضه»، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٢، والدراية ج٢، الحديث ٧٨٩ ص١٥٥. (نعيم)

(٢) قوله: "ولأن فيه إلخ" تقريره: أن في البيع قبل القبض غرر انفساخ العقد الأول على تقدير هلاك المبيع في يد البائع، والغرر غير جائز، لأنه صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن بيع الغرر، والغرر ما طوى عنك علمه.

واعترض بأن غرر الانفساخ بعد القبض أيضًا متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق، وليس بمانع، ولايدفع بأن عدم ظهور الاستحقاق أصل، لأن عدم الهلاك كذلك، فاستويا. وأجيب بأن عدم جوازه قبل القبض ثبت بالنص على خلاف القياس لثبوت الملك المطلق للتصرف المطلق بقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾، وليس ما بعد القبض بمعناه، لأن فيه غرر الانفساخ بالهلاك والاستحقاق، وفيما بعد القبض غرره بالاستحقاق خاصة، فلم يلحق به. (عناية)

(٣) الأول أو الثاني.

(٤) قوله: "على اعتبار الهلاك [أي هلاك المبيع عند البائع الأول]" لأنه إذا هلك قبل القبض ينفسخ البيع وعاد إلى قديم ملك البائع، فيكون المشتري بائعًا ملك غيره، ومتى قبض يتم البيع، فيصير بائعًا ملك نفسه، وقبل القبض لا يدرى أتم البيع، فيصير بائعًا ملك نفسه، أم ينفسخ؟ فيصير بائعًا ملك غيره، فلا يصح، فتمكن فيه غرر، فكان باطلا، بخلاف البيع الأول، لأنه لا يتمكن فيه هذا الغرر لأنه متى لم يقبض المشتري وانفسخ البيع بالهلاك، أو قبض وتم البيع يكون البائع في الحالين بائعًا ملكه لا ملك غيره بخلاف ما نحن فيه. (ك)

(٥) المذكور، ولا يجوز تخصيصه بالقياس.

(٦) بجامع عدم القبض فيهما. (ع)

(٧) قوله: "وصار كالإجارة" فإن الإجارة في العقار لا تجوز قبل القبض، والجامع اشتمالهما على ربح ما لم يضمن، فإن المقصود من البيع الربح، وربح ما لم يضمن منهي عنه شرعًا. (عيني)

(٨) الإيجاب والقبول.

(٩) العاقل البالغ.

(١٠) أي المال المملوك.

(١١) قوله: "ولا غرر فيه [أي في بيع العقار قبل القبض]" فيصح العقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع، بخلاف المنقول فإن المانع فيه موجود. (ع)

والحديث[١] معلول به[٢] عملا بدلائل[٣] الجواز[٤]، والإجارة[٥] قيل: على هذا الخلاف، ولو سلم[٦] فالمعقود عليه في الإجارة المنافع، وهلاكها غير نادر[٧].

قال[٨]: ومن اشترى مكيلا[٩] مكايلةً، أو موزونًا موازنةً، فاكتاله[١٠] أو اتّزنه، ثم باعه مكايلةً أو موازنةً لم يجز للمشترى[١١] منه أن يبيعه، ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل[١٢] والوزن؛ لأن النبى عليه السلام نهى عن بيع الطعام[١٣] حتى يجرى فيه صاعان، صاع البائع[١٤] وصاع المشترى*، ولأنه[١٥] يحتمل أن يزيد على

---

(١٢) قوله: "نادر" حتى قال بعض أصحابنا فى موضع لا يؤمن عليه ذلك: لا يجوز عنده كما فى المنقول، وجوابه فى موضع لا يخشى عليه أن تصير بحرًا، أو يغلب عليه الرماد. (ن)

(١٣) فإن الهلاك فيه غير نادر.

(١) المذكور.

(٢) قوله: "معلول به" أى بغرر انفساخ العقد فيما قبل القبض بهلاك المعقود عليه، فيكون مخصوصًا بالمنقول، والدليل عليه أن التصرف فى الثمن قبل القبض جائز، لأنه لا غرر فى الملك. (مل)

(٣) من الكتاب، والسنة، والإجماع.

(٤) أى جواز البيع.

(٥) قوله: "والإجارة إلخ" جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الإجارة، وتقريره أنها لا تصلح مقيسًا عليها، لأنها على هذا الخلاف، أى لا يجوز للمشترى أن يؤاجر الدار المشتراة قبل القبض عند محمد، وعندهما يجوز، والأصح أن الإجارة لا تصح اتفاقًا، وعليه الفتوى، لأن الإجارة تمليك المنافع كالمنقول فى احتمال الهلاك. (مل)

(٦) أن الإجارة لا تجوز.

(٧) فيمتنع جواز الإجارة [كالمنقول]

(٨) أى محمد. (عينى)

(٩) قوله: "ومن اشترى مكيلا" كالحنطة والشعير مكايلة، أى بشرط الكيل بأن قال: اشتريت هذا الطعام على أنه عشرة أقفزة، أو موزونًا كالحديد والذهب موازنة أى بشرط الوزن بأن قال: اشتريت هذا الحديد على أنه عشرة أمناء، فاكتاله أى كال لنفسه، أو اتزنه أى وزن لنفسه، وإنما قيد بالشراء، لأنه لو ملك المكيل، أو الموزون باتهاب، أو ميراث، أو وصية يجوزله التصرف قبل الكيل، وكذا إذا قبض الكر، وهو ثمن ثم تصرف فيه قبل الكيل جاز، لجواز التصرف قبل القبض فى الثمن، وإنما قيد الشراء بكونه مكايلة أو موازنة، لأنه إذا اشترى المكيل أو الموزون مجازفة جاز التصرف فيه بيعًا، أو أكلا، أو غيرهما قبل الكيل أو الوزن، وإنما قال: فاكتاله أو اتزنه ليشير به إلى أن تصرف المشترى موازنة أو مكايلة قبل الوزن أو الكيل لا يجوز، وإن كيل أو وزن مرة قبل شراءه أو بعد شراءه يبيعه، كذا فى "الكفاية". (مل)

(١٠) الاكتيال الأخذ بالكيل، والاتزان الأخذ بالوزن.

(١١) الثانى.

(١٢) قوله: "حتى يعيد الكيل [أى لنفسه كما هو الحكم فى المشترى الأول. ك] إلخ" أى بعد شراءه، ولا يكتفى بكيل بائعه حيث اشترى بائعه، ولا يريد به حتى يعيد الكيل بعد القبض مع الكيل، لأن الصحيح أنه لو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشترى مرة يكفى به. (ك)

(١٣) قوله: "نهى عن بيع إلخ" أخرجه ابن ماجة فى "سننه" عن جابر قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن الطعام حتى يجرى فيه الصاعان، صاع البائع وصاع المشترى، انتهى. (ت)

المشروط، وذلك[1] للبائع، والتصرف فى مال الغير حرام، فيجب التحرز[2] عنه، بخلاف ما إذا باعه[3] مجازفةً، لأن الزيادة له[4]، وبخلاف ما إذا باع الثوب مذارعة[5]، لأن الزيادة له[6]، إذ الذرع وصف[7] فى الثوب بخلاف القدر[8].

ولا معتبر بكيل البائع[9] قبل البيع[10] وإن[11] كان بحضرة المشترى[12]، لأنه ليس صاع البائع والمشترى، وهو الشرط[13]، ولا بكيله بعد البيع[14] بغيبة المشترى[15]، لأن الكيل من باب التسليم، لأن به يصير المبيع معلومًا، ولا تسليم إلا بحضرته[16]، ولو كاله البائع[17] بعد البيع[18] بحضرة المشترى[19]، فقد قيل: لا

---

(١٤) قوله: "صاع البائع إلخ" أراد بصاع البائع صاعه لنفسه حين يشتريه، وبصاع المشترى صاعه لنفسه حتى يبيعه لإجماعهم على أن البيع الواحد لا يحتاج إلى الكيل مرتين. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٤، والدراية ج٢، الحديث ٧٩٠ص١٥٥. (نعيم)

(١٥) أى المكيل والموزون.

(١) الزيادة.

(٢) وهو يترك التصرف. (ع)

(٣) أى المكيل والموزون.

(٤) قوله: "لأن الزيادة له" المراد بالزيادة الزيادة على التى كانت فى ذهن البائع، وذلك بأنه باع مجازفة، وفى ذهنه أنه مائة قفيز، فإذا هو زائد على ما ظنه، والزائد للمشترى، فالمشترى لو قبضه جاز التصرف فيه قبل الكيل والوزن. (عينى)

(٥) أى بشرط الذرع على أنه عشرة أذرع مثلا.

(٦) أى للمشترى لا للبائع حتى يلزم التصرف فى مال الغير.

(٧) قوله: "إذ الذرع وصف [فلم يكن فى معنى ما ورد به النص فيلحق به. ع]" قال الزيلعى: هذا إذا لم يسم لكل ذراع ثمنًا، وإن سمى فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع. (درر)

(٨) قوله: "بخلاف القدر [أى المكيل والموزون، فإنه مبيع لا وصف]" أى الكيل فإنه ليس بوصف، لأنه بازدياد القدر لا يزيد قيمة المقدر كخمسين منا من الحنطة إذا زاد، وعليه خمسون أخرى لا يزاد قيمة الخمسين الأولى. (عينى)

(٩) هو المشترى الأول.

(١٠) الثانى.

(١١) الواو وصلية.

(١٢) الثانى.

(١٣) قوله: "وهو الشرط [بحديث قد مر]" أى الشرط كيل البائع وكيل المشترى، وإنما شرط ذلك لأن البيع يتناول ما يحويه الكيل أو الوزن، وهو مجهول، فربما يزيد وينقص فما لم يكل لنفسه أو لم يزن لا يمتاز المبيع عن غيره، فكان المبيع مجهولا، فيفسد البيع. (كَ)

(١٤) الثانى.

(١٥) الثانى.

(١٦) المشترى الثانى.

(١٧) أى المشترى الأول.

يكتفى به[١] لظاهر الحديث، فإنه اعتبر صاعين، والصحيح أنه يكتفى به[٢] لأن المبيع صار معلومًا بكيل واحد، وتحقق معنى التسليم[٣]، ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين[٤] فى باب السلم إن شاء الله تعالى، ولو اشترى المعدود[٥] عدًا[٦] فهو كالمذروع فيما يروى عنهما، لأنه[٧] ليس بمال الربا، وكالموزون فيما يروى عن أبى حنيفة[٨]، لأنه[٩] لا تحل له الزيادة على المشروط.

قال[١٠]: والتصرف[١١] فى الثمن قبل القبض جائز[١٢] لقيام المطلق[١٣] وهو الملك، وليس[١٤] فيه غرر[١٥] الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين[١٦]، بخلاف المبيع[١٧]. قال[١٨]: ويجوز للمشترى أن يزيد[١٩] للبائع فى الثمن[٢٠]، ويجوز للبائع أن

---

(١٨) الثانى.

(١٩) الثانى.

(١) أى بكيل البائع.

(٢) أى بالكيل الواحد.

(٣) لحضور المشترى.

(٤) قوله: "على ما نبين" وهو ما إذا اشترى المسلم إليه من رجل كرا، وأمر رب السلم بقبضه، فإنه لا يصح إلا بصاعين لاجتماع الصفقتين بشرط الكيل أحدهما شراء المسلم إليه، وثانيهما قبض رب السلم لنفسه، وهو كالبيع الجديد، فيجتمع صفقتان. (ك)

(٥) كالجوز.

(٦) أى بشرط العد كأنه ألف.

(٧) قوله: "لأنه ليس بمال الربا" ولهذا جاز بيع الواحد بالاثنين، فكان كالمذروع، وحكمه قد مر أنه لا يحتاج إلى إعادة الذرع إذا باع مذارعة. (عناية)

(٨) وهو قول الكرخى. (ع)

(٩) قوله: "لأنه لا تحل إلخ" ألا ترى أنه من اشترى جوزا على أنها ألف، فوجدها أكثر لم يسلم له الزيادة، ولو وجدها أقل يسترد حصة النقصان عن البائع كالموزون، فلا بد لجواز التصرف من العد كالوزن فى الموزون. (عناية)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) بأن يأخذ من المشترى مكان الدراهم الثمن ثوبًا أو غيره.

(١٢) قوله: "جائز" سواء كان الثمن مما لا يتعين كالنقود، أو مما يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع إبلا بدرهم، أم بكر من الحنطة جاز أن يأخذ بدله شيئًا. (ع)

(١٣) مجوز.

(١٤) قوله: "وليس فيه غرر الانفساخ" أى انفساخ العقد بهلاك الثمن لعدم تعينها بالتعين، لأنها من النقود، وإذا لم يفسخ يبقى الثمن على ذمة المشترى. (عينى)

(١٥) يعنى أن المانع منتف وهو الغرر.

(١٦) النقود.

(١٧) فإنه يتعين بالتعيين.

يزيد للمشترى فى المبيع، ويجوز أن يحط[١] عن الثمن، ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك[٢]، فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا، وعند زفر والشافعى لا يصحان على اعتبار الالتحاق[٣] بل[٤] على اعتبار ابتداء الصلة[٥].

لهما: أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنًا، لأنه يصير ملكه عوض ملكه[٦]، فلا يلتحق[٧] بأصل العقد، وكذلك الحط، لأن كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع، فلا يمكن[٨] إخراجه، فصار[٩] برّا مبتدأ. ولنا: أنهما[١٠] بالحط والزيادة يغيران العقد[١١] من وصف مشروع إلى وصف مشروع، وهو[١٢] كونه رابحًا أو خاسرًا، أو عدلا[١٣]، ولهما[١٤] ولاية الرفع[١٥]، فأولى[١٦] أن يكون لهما ولاية التغيير[١٧]، وصار كما إذا

(١٨) أى القدورى. (عينى)

(١٩) قوله: "أن يزيد إلخ" إذا اشترى عينًا بمائة، ثم زاد عشرة مثلا، أو باع عينًا بمائة ثم زاد على المبيع شيئًا أو حط بعض الثمن جاز. (ع)

(٢٠) ما دام قيام المبيع.

(١) البائع.

(٢) قوله: "بجميع ذلك" أى بالمزيد عليه والمزيد، فإن للبائع أن يحبس المبيع ما لم يستوف المزيد والمزيد عليه من الثمن إذا كان الثمن حالا، وليس للمشترى أن يمنع الزيادة بعد ذلك لأنها استحقت بأصل العقد، وكذلك المشترى ليس له مطالبة البائع بتسليم المبيع ما لم يسلم المزيد والمزيد عليه من الثمن، وكذلك للمشترى أن يرجع على البائع بجميع ذلك أعنى بالأصل والزيادة إذ استحق بالمبيع، وفى صورة الحط للمشترى مطالبة البائع بتسليم المبيع إذا سلم ما بقى بعد الحط من الثمن، وكذلك الشفيع يستحق المبيع بما بقى بعد الحط. (عينى)

(٣) بأصل العقد.

(٤) قوله: "بل على اعتبار إلخ" أى الهبة بالزيادة عندهما فى الثمن، والمثمن هبة مبتدأة لا تتم إلا بالتسليم. (عينى)

(٥) الهبة.

(٦) قوله: "لأنه يصير ملكه [المشترى] عوض ملكه [المشترى]" لأن المشترى ملك المبيع بالعقد بالمسمى من الثمن قبل الزيادة، فلو زاد فى الثمن مع ذلك كانت الزيادة لأجل ملك نفسه، وهو المبيع وذلك لا يجوز. (ن)

(٧) الزيادة.

(٨) قوله: "فلا يمكن إخراجه" أى إخراج بعضه، فلو أخرج بقى بعض المبيع بلا عوض، وذا لا يجوز، ولا يمكن أن يجعل الباقى فى مقابلة الكل لانتفاء العقد الجديد. (ك)

(٩) أى الزيادة أو الحط.

(١٠) البائع والمشترى.

(١١) قوله: "يغيران العقد [بتراضيهما] إلخ" لأن البيع شرع خاسرًا ورابحًا وعادلا، والزيادة فى الثمن تجعل الخاسر عدلا، والعدل رابحًا، والحط يجعل الرابح عدلا والعدل خاسرًا، وكذلك الزيادة فى المبيع. (عناية)

(١٢) أى الوصف المشروع.

(١٣) أى لا رابحًا ولا خاسرًا.

(١٤) أى للعاقدين.

أسقطا[١] الخيار[٢]، أو شرطاه بعد العقد[٣].

ثم إذا صح[٤] يلتحق بأصل العقد، لأن وصف الشيء يقوم به[٥] لا بنفسه، بخلاف حط الكل[٦] لأنه تبديل[٧] لأصله[٨] لا تغيير لوصفه، فلا يلتحق به[٩]، وعلى[١٠] اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضًا[١١] عن ملكه[١٢]، ويظهر حكم الالتحاق فى التولية والمرابحة حتى يجوز[١٣] على الكل[١٤] فى الزيادة، ويباشر على الباقى فى الحط[١٥] وفى الشفعة، حتى يأخذ[١٦] بما بقى فى الحط، وإنما كان للشفيع[١٧] أن يأخذ بدون الزيادة لما فى الزيادة من إبطال[١٨] حقه الثابت، فلا يملكانه[١٩]، ثم

---

(١٥) أى رفع العقد بالإقالة.

(١٦) قوله: "فأولى إلخ" لأن التصرف فى وصف الشيء أهون من التصرف فى أصله، فالذى يملك التصرف فى الأصل أولى بأن يملك التصرف فى الوصف. (عينى)

(١٧) من وصف إلى وصف.

(١) العاقدان.

(٢) أى خيار الشرط لهما أو لأحدهما.

(٣) قوله: "أو شرطاه بعد العقد" بأن عقدا عقدًا ثم شرطا الخيار بعده فقد تغير العقد من صفة اللزوم إلى غيره. (ك)

(٤) الحط أوالزيادة.

(٥) فكذلك ههنا تقوم الزيادة بالثمن لا بنفسها. (ن)

(٦) قوله: "بخلاف حط إلخ" هذا جواب عما يقال: لو كان حط البعض صحيحًا لكان حط الكل كذلك اعتبارًا للكل بالبعض، فأجاب بقوله: بخلاف حط الكل حيث لا يصح. (عينى)

(٧) صيرورته هبة.

(٨) لعدم بقاء الثمن.

(٩) لوجود المانع. (عناية)

(١٠) جواب عن تعليل زفر والشافعى أن فى الزيادة تصير إلخ. (ن)

(١١) قوله: "لا تكون الزيادة إلخ" لأن الزيادة لما التحقت بأصل العقد صارت كالموجود عند العقد فلا يلزم حينئذ ما قالا. (عينى)

(١٢) المشترى.

(١٣) أى كل واحد من التولية والمرابحة.

(١٤) أى المزيد والمزيد عليه.

(١٥) قوله: "فى الحط" فإن البائع إذا حط بعض الثمن عن المشترى والمشترى قال للآخر: وليتك هذا الشيء وقع عقد التولية على ما بقى من الثمن، فكان الحط بعد العقد ملتحقًا بأصل العقد، وكان الثمن فى ابتداء العقد هو ذلك المقدار، وكذلك فى الزيادة. (عينى)

(١٦) الشفيع.

(١٧) قوله: "وإنما كان إلخ" جواب سؤال مقدر تقرير السؤال أن يقال: لو كانت الزيادة ملتحقة بأصل العقد لأخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت فى ابتداء العقد. (عينى)

الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع[١] على ظاهر الرواية[٢]، لأن المبيع لم يبقَ على حالة[٣] يصح الاعتياض عنه، والشيء يثبت[٤] ثم يستند، بخلاف الحط[٥] لأنه[٦] بحال[٧] يمكن إخراج البدل عما يقابله[٨]، فيلتحق[٩] بأصل العقد استناداً.

قال[١٠]: ومن باع بثمن حال، ثم أجله أجلا معلوماً صار مؤجلا؛ لأن الثمن حقه[١١]، فله أن يؤخره تيسيراً على من عليه[١٢]، ألا يرى أنه[١٣] يملك إبراءه[١٤] مطلقاً[١٥]، فكذا[١٦] موقتاً، ولو أجله إلى أجل مجهول، إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب[١٧] الريح[١٨] لا يجوز، وإن كانت متقاربة كالحصاد[١٩] والدياس[٢٠] يجوز،

---

(١٨) قوله: "من إبطال إلخ" أى لأن حقه تعلق بالعقد الأول فإذا أخذ بالزيادة يبطل حقه الذى تعلق بالعقد. (عينى)

(١٩) أى البائع والمشترى لأنه إضرار.

(١) قوله: "ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع [وكذا بعد العتاق والتدبير. ن]" يعنى الزيادة فى الثمن، وفى البقالى: وأما الزيادة فى المبيع فجائزة بعد الهلاك، لأنها تثبت بمقابلة الثمن، وهو قائم بخلاف الزيادة فى الثمن لأنها تثبت بمقابلة المبيع، وهو ليس بقائم. (ك)

(٢) قوله: "على ظاهر الرواية" وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع، ووجهه أن يجعل المعقود عليه قائما تقديراً. (ع)

(٣) وهى حالة الوجود.

(٤) قوله: "والشىء [الزيادة] إلخ" ولم يثبت الزيادة لعدم ما يقابله، وهو المبيع فلا يستند إلى أصل العقد. (مل)

(٥) حيث يصح بعد هلاك المبيع.

(٦) قوله: "لأنه بحال إلخ" فإن الهالك لا قيمة له، فإخراج البدل عما يقابله ملائم له، ولا كذلك الزيادة فى الثمن بعد هلاك المبيع. (ك)

(٧) البيع.

(٨) قوله: "يمكن إلخ" يعنى لا يمكن إثبات الثمن بمقابلة الهالك، ويمكن إسقاطه بمقابلة الهالك، لأن الحط يلايم الهالك. (نهاية)

(٩) الحط.

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) البائع.

(١٢) وهو المشترى.

(١٣) البائع.

(١٤) الثمن.

(١٥) عمن عليه.

(١٦) أى يملك البراءة الموقتة إلى أجل.

(١٧) هبوب بالضم وزيدن باد. (م)

(١٨) ونزول المطر.

(١٩) أى حصاد الزرع [دروذن. (م)].

لأنه بمنزلة الكفالة[١]، وقد ذكرناه من قبل[٢].

قال: وكل دين حال إذا أجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا[٣] إلا القرض، فإن تأجيله لا يصح[٤] لأنه إعارة وصلة[٥] فى الابتداء، حتى يصح بلفظة الإعارة[٦]، ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصى[٧] والصبى[٨]، ومعاوضة فى الانتهاء[٩]، فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما[١٠] فى الإعارة، إذ لا جبر[١١] فى التبرع، وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح، لأنه يصير[١٢] بيع الدراهم بالدراهم نسيئة، وهو ربا[١٣]، وهذا[١٤] بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلانًا إلى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه[١٥] أن يقرضوه، ولا يطالبوه قبل المدة، لأنه وصية بالتبرع[١٦] بمنزلة الوصية[١٧] بالخدمة[١٨] والسكنى، فيلزم حقًا للموصى[١٩].

---

(٢٠) كوفتن بپا.

(١) فيصح مع الجهالة اليسيرة، فإن الأجل لم يشترط فى عقد المعاوضة.

(٢) قوله: "وقد ذكرناه من قبل" أى فى آخر باب البيع الفاسد، وهو أن الجهالة اليسيرة محتملة فى الكفالة، وفى تأجيل الدين كما فى الحصاد والدياس بخلاف الجهالة فى البيع إلى أجل مجهول حيث لا يصح وإن كانت الجهالة يسيرة. (ك)

(٣) وهو قوله: لأن الثمن حقه. (ك)

(٤) قوله: "فإن تأجيله لا يصح [فإن للمقرض أن يطالب للمستقرض فى الحال بعد التأجيل]" أى لا يلزم أى لمن أجل إبطاله كما فى العوارى، واعلم أن القرض مال يقطعه من أمواله، فيعطيه، وما ثبت عليه دينًا، فليس بقرض، والدين يشتمل ما وجب فى ذمته دينًا بعقد أو استهلاك، وما صار دينًا فى ذمته باستقراضه فهو أعم من القرض، وقال مالك: التأجيل فى القرض لازم، لأنه صار دينًا فى ذمته بالقبض، فيصح التأجيل فيه كسائر الديون. (ك)

(٥) تبرع وعطاء.

(٦) حتى لو قال: أعرتك هذه المائة مثلاً يكون قرضا.

(٧) فإنه لا يجوز له أن يقرض من مال الصغير.

(٨) قوله: "والصبى" فإنه لا يملك التصرف فضلا عن القرض الذى هو التبرع.

(٩) لأن الواجب بالقرض رد المثل لا رد العين.

(١٠) أى كما لا يلزم.

(١١) قوله: "إذ لا جبر" ولو لزم الأجل لصار جبرًا على المشترى، وهو المكث عن المطالبة بمضى الأجل.

(١٢) فى الانتهاء.

(١٣) قوله: "وهو ربا" وهذا يقتضى فساد القرض لكن ندب الشرع إليه، وأجمع الأمة على جوازه. (مل)

(١٤) أى ههنا يلزم التأجيل.

(١٥) أى من ثلث ماله.

(١٦) قوله: "لأنه وصية إلخ" وفى الوصية يلزم مالا يلزم فى غيره ألا ترى أنه لو أوصى بثمرة بستانه يلزمه، وإن كانت الثمرة معدومة قبل الوصية. (ن)

(١٧) قوله: "بمنزلة الوصية" حيث تلزم، والجامع معنى التبرع بالمنافع. (نهاية)

باب الربا[١]

قال[٢]: الربا[٣] محرم[٤] فى كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه[٥] متفاضلا، فالعلة عندنا الكيل مع الجنس، أو الوزن مع الجنس.

قال رضى الله عنه[٦]: ويقال: القدر مع الجنس، وهو أشمل[٧]، والأصل[٨] فيه[٩] الحديث[١٠] المشهور، وهو قوله عليه السلام: «الحنطة بالحنطة مثلا بمثل[١١] يدًا بيد[١٢] والفضل ربا»*، وعدّ[١٣] الأشياء الستة الحنطة، والشعير، والتمر، والملح، والذهب والفضة على هذا المثال[١٤]، ويروى بروايتين بالرفع مثل، وبالنصب مثلا،

---

(١٨) أى بخدمة العبيد مثلا وسكنى الدار.

(١٩) قوله: "حقًا للموصى" حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقًا له.

(١) قوله: "باب الربا" لما فرغ عن ذكر أنواع البيوع التى أمر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى: ﴿وابتغوا من فضل الله﴾، شرع فى بيان بيوع نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا﴾، فإن النهى يعقب الأمر، وهذا لأن المقصود من بيان كتاب البيوع بيان الحلال الذى هو بيع شرعًا، والحرام الذى هو الربا، ولهذا لما قيل لمحمد: ألا تصنف شيئًا فى الزهد قال: قد صنفت كتاب البيوع، ومراده بينت فيه ما يحل ويحرم، وليس الزهد إلا الاجتناب عن الحرام، والرغبة فى الحلال. والربا فى اللغة هو الزيادة من ربى المال، أى زاد، ويقال: ربا بكسر الراء، ومنه الأشياء الربوية، وفتح الراء خطأ، ذكره فى "المغرب". (ع)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) قوله: "الربا" فى الشرع عبارة عن فضل مال لا يقابله عوض فى معاوضة مال بمال. (ك)

(٤) قوله: "محرم" بقوله تعالى: ﴿وحرم الربا﴾، وقد ذكر الله تعالى لآكل الربا خمسًا من العقوبات: إحداها: الخبط، والثانى: المحق، والثالث: الحرب، والرابع: الكفر، والخامس: الخلود فى النار.
وذلك آية نهاية حرمته: ﴿لا يقومون إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان﴾، ﴿يمحق الله الربا﴾، ﴿فأذنوا بحرب من الله ورسوله﴾، ﴿وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾. (ك)

(٥) أى بمكيل أو موزون.

(٦) أى المصنف.

(٧) لهما، وليس كل واحد بانفراده يتناول الآخر.

(٨) الدليل.

(٩) أى فى كون القدر مع الجنس علة. (ك)

(١٠) قوله: "الحديث" رواه عمر بن الخطاب، وعبادة بن الصامت، وأبو سعيد الخدرى وغيرهم، وأخرجه أصحاب الصحاح.

(١١) أى عينًا بعين. (ع)

(١٢) أى قبضًا بقبض كنى باليد عنه لكونه آلة القبض.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٥، والدراية ج٢، الحديث ٧٩١ص١٥٦. (نعيم)

(١٣) أى النبى ﷺ.

(١٤) أى مثلا بمثل يدًا بيد.

ومعنى الأول: بيع التمر[١]، ومعنى الثانى[٢]: بيعوا التمر، والحكم[٣] معلول بإجماع[٤] القائسين[٥] لكن العلة عندنا ما ذكرناه[٦]، وعند الشافعى[٧] الطعم فى المطعومات، والثمنية فى الأثمان، والجنسية[٨] شرط[٩]، والمساواة مخلص[١٠].

والأصل[١١] هو الحرمة عنده[١٢]؛ لأنه نص[١٣] على شرطين التقابض والمماثلة، وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر[١٤]، كاشتراط الشهادة فى النكاح[١٥]، فيعلل[١٦] بعلة

---

(١) قوله: "بيع التمر" ثم حذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه، وأعرب بإعرابه. (ع)

(٢) قوله: "ومعنى الثانى: بيعوا التمر" فإن قيل: تقدير بيعوا يوجب البيع، وهو مباح، وأجيب بأن الوجوب مصروف إلى الصفة كقولك: مت وأنت شهيد، وليس المراد الأمر بالموت لكن بما يكون على صفة الشهداء إذا مات كذلك المراد الأمر بكون البيع على صفة المماثلة. (ع)

(٣) أى حرمة الفضل.

(٤) قوله: "بإجماع القائسين" خلافًا لأصحاب الظواهر، لأنهم لا يرون القياس حجة، فقصروا حكم الربا على الأشياء الستة. (ك)

(٥) أى المجتهدين.

(٦) قوله: "ما ذكرناه" أى القدر مع الجنس، فعدا هذا الحكم إلى الجص والنورة وغيرهما لأنه مكيل، وإلى الحديد، والنحاس، والرصاص، وغيرها لوجود الوزن. (مل)

(٧) العلة فى الربا.

(٨) قوله: "والجنسية شرط" فائدة كون الجنسية شرطًا واحد وصفى العلة عندنا إنما يظهر فيما إذا وجدت الجنسية فى غير الأموال الربوية هل يحرم النَسَاء؟ كما لو أسلم ثوبًا هرويًا فى هروى لا يجوز عندنا لوجود أحد وصفى العلة، فيثبت الحكم، وذلك حرمة النَسَاء، وعنده يجوز لأن الجنسية شرط، وإنما يعمل العلة عند وجود شرطها إلا أن الشرط يعمل شيئًا من العمل عند عدم العلة. (نهاية)

(٩) قوله: "شرط" لعمل العلة عملها حتى لا تعمل علته وهى الطعم فى المطعومات، والثمنية فى الأثمان عنده، إلا وجود الجنسية، ولا أثر للجنسية بانفرادها عنده. (ك)

(١٠) قوله: "والمساواة مخلص" أى يتخلص عن الحرمة بسبب المساواة، فينتفى الحرمة عند ذلك. (نهاية)

(١١) فى الأموال الربوية.

(١٢) الشافعى.

(١٣) قوله: "لأنه نص [الشارع] إلخ" لأنه قال: يدا بيد مثلا بمثل أى قابضا يدًا بيد، ومماثلا بمماثل آخر، وهما نصبا على الحال، والعامل فيه الفعل المضمر، وهو بيعوا، ورواية الرفع فى هذا المعنى أيضًا، والعدول إلى الرفع للدلالة على الثبوت والأحوال شروط، كما فى قوله: إن دخلت الدار راكبة، فأنت طالق. (كفاية)

(١٤) قوله: "وكل ذلك [أى كل من الشرطين] إلخ" أى جواز بيع هذه الأموال بشرطى التقابض والتماثل يشعر بأن موجبهما وصف فى المحل ينبئ عن زيادة العزة والخطر حتى يجب لأجله زيادة الشرط، لأنه متى يقيد طريق إصابته بشرط زائد يعظم خطره فى أعين المتملكين كالعقد الوارد على الأبضاع لما خص بشهود وولى دون سائر المعاملات دل على أن المستحق به ماله خطر وهو البضع، فيعلل بعلة تناسب إظهار العزة والخطر وهو الطعم والثمنية. (ك)

(١٥) قوله: "كاشتراط إلخ" فإن اشتراط الشهادة فى عقد النكاح لأجل إظهار خطرها وعزتها دون سائر المعاملات. (عينى)

تناسب إظهار الخطر والعزة، وهو الطعم[(١)] لبقاء الإنسان به، والثمنية[(٢)] لبقاء الأموال[(٣)] التي هي مناط المصالح بها[(٤)]، ولا أثر للجنسية[(٥)] في ذلك، فجعلناه شرطًا[(٦)]، والحكم قد يدور مع الشرط[(٧)].

ولنا: أنه[(٨)] أوجب المماثلة شرطًا[(٩)] في البيع، وهو المقصود بسوقه[(١٠)] تحقيقًا لمعنى البيع، إذ هو ينبئ عن التقابل[(١١)]، وذلك بالتماثل[(١٢)]، أو صيانةً لأموال الناس[(١٣)] عن التوى[(١٤)]، أو تتميمًا للفائدة[(١٥)] باتصال التسليم به[(١٦)]. ثم يلزم عند فوته[(١٧)] حرمة الربا[(١٨)]، والمماثلة بين الشيئين[(١٩)] باعتبار الصورة والمعنى[(٢٠)]، والمعيارُ

---

(١٦) قوله: "فيعلل" أي إذا كان الشرطان يشعران بالعزة والخطر، فيعلل حرمة الربا إلخ.

(١) في المطعومات.

(٢) في الأثمان.

(٣) قوله: "لبقاء الأموال إلخ" إذ الأموال إنما تبقى أموالا ما دامت لها أثمان، لأن ما لا يبذل الثمن بمقابلته لا يكون مالا مثل كف من تراب ونحوه فالأموال سبب بقاء الأنفس لوصف أنها مأكولة أو وسيلة إليه. (ك)

(٤) أي بالثمنية.

(٥) قوله: "ولا أثر للجنسية" والقدر في زيادة العزة والخطر لثبوتهما في خطير ومهان، ولكن الحكم لا يثبت إلا عند الجنسية فجعلناها شرطًا لا علة. (ك)

(٦) لا علة.

(٧) قوله: "والحكم قد يدور إلخ" جواب شبهة ترد على قول الشافعي وهي أن حكم الربا كما يدور مع الطعم والثمنية على أصلك، فكذا يدرو مع الجنسية، فلم جعلت الطعم والثمنية علة دون الجنسية، فأجاب بأنه لا أثر للجنسية في زيادة الخطر والحكم قد يدور مع الشرط كما يدور مع العلة كالرجم مع الإحصان، والفرق بينهما بالتأثير وعدمه. (ك)

(٨) أي أن الحديث.

(٩) لما ذكرنا أن مثلا بمثل حال، وهي شرط. (نهاية)

(١٠) قوله: "وهو المقصود بسوقه [أي بسوق الحديث. نهاية]" لأن معناه بيعوا هذه الأشياء مثلًا بمثل، والباء للإلصاق، والأمر للإيجاب، والبيع مباح، فيصرف الأمر إلى الحال التي هي شرط، أي بيعوا بوصف المماثلة. (ك)

(١١) لأن البيع مبادلة المال بالمال.

(١٢) قوله: "وذلك بالتماثل [أي التقابل]" لأنه لو كان أنقص من الآخر لا يوجد التقابل من كل وجه. (نهاية)

(١٣) قوله: "أو صيانةً إلخ" لأن أحد البدلين لو كان أنقص كان فيه إضاعة فضل. (ن)

(١٤) توى كرحى: هلاكي. (من)

(١٥) قوله: "أو تتميمًا إلخ" يعني في الذهب والفضة اشترط التماثل بالقبض، فإنهما لا يتعينان بالتعيين، فيحتاج إلى القبض لتحقيق المماثلة، فكان تتميم الفائدة فيه باتصال التسليم بالتماثل، ويحتمل أن يكون معناه عامًا في الأموال كلها، أي لو لم يكن كل واحد منهما مماثلا للآخر لا يتم الفائدة بالقبض، لأنه إذا كان أحدهما أنقص يكون نفعًا في حق أحد المتعاقدين ضررا في حق الآخر، وإذا كان مثلا للآخر يكون نفعًا في حقهما. (نهاية)

(١٦) أي بالمبيع أو بالتماثل.

(١٧) قوله: "ثم يلزم إلخ" وإذا كان حكم النص وجوب المماثلة وحرمة الفضل بناء عليه فيعلل بعلة تؤثر في إيجاب

يسوى الذات[١]، والجنسية تسوى المعنى[٢]، فيظهر الفضل على ذلك[٣]، فيتحقق الربا، لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين فى المعاوضة الخالى عن عوض شرط فيه[٤]، ولا يعتبر الوصف[٥]، لأنه لا يعد تفاوتًا عرفًا، أو لأن فى اعتباره سد باب البياعات[٦]، أو لقوله عليه السلام* : «جيدها ورديئها سواء[٧]».

والطعم[٨] والثمنية من أعظم وجوه المنافع[٩]، والسبيل فى مثلها[١٠]

المماثلة وهو القدر والجنس لا الطعم والثمنية، لأن وجوب المماثلة لا يكون إلا فى محل قابل لها. (ك)

(١٨) حيث قال: والفضل ربا.

(١٩) قوله: "والمماثلة إلخ" هذا بيان علية القدر والجنس لوجوب المماثلة، ولقائل أن يقول: قد تبين أن المماثلة شرط لجواز البيع فى الربويات، وعللتموها بالقدر والجنس، فكان ذلك تعليلا لإثبات الشرط، وذلك باطل.

والجواب: أن التعليل للشرط لا يجوز لإثباته ابتداء، وأما بطريق التعدية من أصل فيجوز عند جمهور الأصوليين، وهو اختيار الإمام المحقق فخر الإسلام، وصاحب الميزان، وما نحن فيه كذلك، لأن النص أوجب المماثلة شرطًا فى الأشياء الستة، فأثبتناها فى غيرها تعدية، فكان جائزًا، فإذا ثبت وجوب المماثلة شرطًا وهى بالكيل والجنس يظهر الفضل إلخ.(ع)

(٢٠) قوله: "باعتبار الصورة إلخ" فالقدر عبارة عن التساوى فى الميعاد، فيحصل به المماثلة صورة، والجنس عبارة عن التشاكل فى المعانى، فيثبت به المماثلة معنى. (عينى)

(١) قوله: "يسوى الذات [أى الصورة. ع]" فإن كيلا من بر يساوى كيلا من ذرة من حيث القد والصورة لا من حيث المعنى لعدم الجنسية. (نهاية)

(٢) فإن كيلا من بر يساوى كيلا من بر معنى.

(٣) التساوى.

(٤) أى فى العقد. (ع)

(٥) قوله: "ولا يعتبر الوصف" جواب عما يقال: إذا كانت المماثلة شرطًا على ما قلتم فكيف أهدر التفاوت فى الوصف وهو الجودة فى أحد البدلين دون الآخر، فأجاب بقوله: ولا يعتبر الوصف، أى وصف الجودة والرداءة، لأنه، أى الوصف لا يعد تفاوتًا عرفًا، أى من حيث العرف، فإن الناس لا يعدون التفاوت فيه معتبراً لقلته، ولأن فى اعتباره، أى التفاوت فى الوصف سد باب البياعات فى هذه الأشياء، وهو مفتوح، لأن بيع هذه الأشياء لا يجوز متفاضلا، ولا مجازفة، فلم يبق إلا حالة التساوى، ولو اعتبر المساواة فى الوصف تنسد باب البياعات، لأن الحنطة لا تكون مثل حنطة أخرى فى الوصف لامحالة. (عينى)

(٦) قوله: "البياعات [أى باب بيع البياعات]" بياعة -بالكسر- متاع، وكالاى فروختنى بياعات جمع. (من)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٧، والدراية ج٢، الحديث ٧٩٢ص١٥٦. (نعيم)

(٧) قوله: "جيدها ورديئها سواء" قلت: غريب، ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبى سعيد رواه مسلم قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدًا بيد فمن زاد أواستزاد فقد أربى الآخذ والمعطى فيه سواء»، انتهى. (ت)

(٨) جواب عن جعل الشافعى الطعم والثمنية علة للحرمة.

(٩) بالمال.

(١٠) قوله: "والسبيل إلخ" أى السبيل فى مثل الأشياء التى يتعلق بها وجوه المنافع التوسعة والإطلاق لا التضييق، فإن السنة الإلهية جرت فى الإنس وسائرالحيوانات بأن ما كان احتياج المخلوقين أكثر كان أوفر كالهواء والماء، وما بعدهما

الإطلاق[1] بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون التضييق فيه، فلا معتبر بما ذكره[2]. إذا ثبت هذا[3] نقول: إذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلا بمثل[4] جاز البيع فيه، لوجود شرط الجواز، وهو المماثلة في المعيار، ألا ترى[5] إلى ما يروى مكان قوله: «مثلا بمثل كيلا بكيل»، وفي الذهب[6]: «بالذهب وزنًا بوزن».

وإن تفاضلا[7] لم يجز لتحقق الربا، ولا يجوز بيع الجيد بالرديء مما[8] فيه الربا إلا مثلا بمثل[9]، لإهدار التفاوت في الوصف[10]، ويجوز بيع الحفنة[11] بالحفنتين، والتفاحة[12] بالتفاحتين؛ لأن المساواة بالمعيار[13]، ولم يوجد، فلم يتحقق الفضل، ولهذا كان مضمونًا بالقيمة عند الإتلاف[14].

وعند الشافعي العلة[15] هي الطعم، ولا مخلص[16] وهو المساواة، فيحرم، وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة[17]، لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه[18]، ولو

على الترتيب، وإذا كان كذلك كان تعليله بما يوجب التضييق، والسنة الإلهية في مثله التوسعة تعليلا لفساد الوضع، وذكر في "المبسوط": الطعم من أعظم وجوه الانتفاع بالمال، وكذلك الثمنية. (نهاية)

(١) التوسعة.

(٢) الشافعي.

(٣) أي ما ذكرنا من أن العلة القدر والجنس مطعومًا كان أو غير مطعوم.

(٤) أي كيلا بكيل، أو وزنًا بوزن.

(٥) توضيح المماثلة في المعيار.

(٦) أي يروى في الذهب إلخ.

(٧) قوله: "وإن تفاضلا" على التغليب، والمراد فضل أحدهما على الآخر. (نهاية)

(٨) أي من الأشياء الربوية.

(٩) أي متساويين.

(١٠) أي الجودة والرداء عرفًا وشرعًا.

(١١) الحفنة ملأ الكف. (نهاية) صاحب صراح گويد حفنة مقدار دو مشت از طعام وجز آن وچيز اندک. (م)

(١٢) سيب. (م)

(١٣) قوله: "لأن المساواة بالمعيار" أي بالكيل والوزن، ولم يوجد، إذ لا كيل في الحفنة والحفنتين، والتفاحة والتفاحتين، وكذا لا وزن، فلم يتحقق الفضل، فإن تحققه مبني على المساواة بالمعيار، وإذ ليس فليس، فلا يكون ربا، ولهذا أي لأجل أن الحفنة والحفنتين لا تدخل تحت المعيار الشرعي كان إلخ. (مل)

(١٤) قوله: "كان مضمونًا إلخ" ولو كان داخلا تحت المعيار كان مضمونًا بالمثل عند الإتلاف كما في سائر المكيلات والموزونات، لأن المكيلات والموزونات كلها ذوات الأمثال دون القيم. (عيني)

(١٥) للربا.

(١٦) عن الحرمة.

(١٧) قوله: "فهو في حكم الحفنة" حتى لو باع خمس حفنات بست مما لم يدخل تحت نصف صاع جاز، ثم ههنا

تبايعا مكيلا[١]، أو موزونًا غير مطعوم بجنسه، متفاضلا كالجص[٢] والحديد[٣] لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس[٤]، وعنده[٥] يجوز لعدم الطعم والثمنية.

قال[٦]: وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى[٧] المضموم إليه[٨] حل التفاضل والنَسَاء[٩] لعدم العلة المحرمة[١٠]، والأصل فيه[١١] الإباحة، وإذا وجدا[١٢] حرم التفاضل والنَسَاء لوجود العلة[١٣]، وإذا وجد أحدهما[١٤]، وعدم الآخر حل التفاضل، وحرم النَسَاء، مثل أن يسلم هرويًا[١٥] في هروي[١٦]، أو حنطة في شعير[١٧]، فحرمة ربا الفضل بالوصفين، وحرمة النَسَاء بأحدهما[١٨].

وقال الشافعي: الجنس بانفراده[١٩] لا يحرم النَسَاء، لأن بالنقدية[٢٠] وعدمها[٢١]

دقيقة وهي أن المكيلات يجوز بيعها فيما دون نصف صاع من غير اعتبار التسوية فيما إذا كان كل واحد من البدلين لا يدخل تحت الصاع، أما إذا كان أحدهما لا يبلغه، والآخر يبلغ، فلا يجوز، وقالوا: بيع الحفنة بقفيز لا يجوز. (نهاية)

(١٨) بخلاف النصف فإنه مقدر في الشرع كما في صدقة الفطر.

(١) قوله: "ولو تبايعا إلخ" ولو تبايعا وزنيا بوزني، وهو مأكول أو مشروب كالدهن والزيت والخل لا يجوز إلا وزنا بوزن في قولهم جميعًا عندنا لوجود الوزن، وعنده لوجود الطعم. (نهاية)

(٢) مكيل معرب گچ. (م)

(٣) موزون آهن.

(٤) الكيل أوالوزن.

(٥) الشافعي.

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) القدر.

(٨) الجنس.

(٩) البيع إلى أجل التأخير.

(١٠) قوله: "لعدم الحرمة [القدر مع الجنس]" أي حل التفاضل لدليل الحل، وهو قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾، وعدم علة الحرمة لا أن يثبت حل التفاضل لعدم علة الحرمة لأن العدم لا يثبت شيئًا، لأنه ليس بثابت في نفسه. (ك)

(١١) البيع.

(١٢) الوصفان.

(١٣) المحرمة.

(١٤) الوصفين.

(١٥) أي ثوبًا هرويًا إلخ.

(١٦) قوله: "هرويًا في هروي" فالجنسية موجودة دون القدر، فيجوز فيه التفاضل بأن يباع واحد باثنين، ولا يجوز أن يباع بالنسيئة. (مل)

(١٧) قوله: "أو حنطة إلخ" أي إذا أسلم حنطة في شعير وفيه عدم الجنس فيجوز فيه التفاضل، ولا يجوز النَسَاء كما إذا أسلم أحدهما في الآخر. (عيني)

(١٨) حتى لو باع عبدا بعبد إلى أجل لا يجوز للجنسية. (ن)

لا يثبت إلا شبهة الفضل[١]، وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد[٢] بالاثنين، فالشبهة أولى[٣].

ولنا: أنه مال الربا[٤] من وجه نظرا إلى القدر[٥] أو الجنس[٦]، والنقدية أوجبت فضلا فى المالية، فتحقق شبهة الربا[٧]، وهى[٨] مانعة[٩] كالحقيقة[١٠]، إلا أنه إذا أسلم النقود[١١] فى الزعفران ونحوه[١٢] يجوز وإن[١٣] جمعهما الوزن، لأنهما لا يتفقان فى صفة الوزن، فإن الزعفران يوزن بالأمناء[١٤]، وهو[١٥] مثمن يتعين بالتعيين، والنقود توزن بالسنجات[١٦]، وهو[١٧] ثمن لا يتعين بالتعيين.

---

(١٩) قوله: "الجنس بانفراده إلخ" ليس للتخصيص فائدة، فإنه كذلك الكيل والوزن، وحاصله أن وجود أحد وصفى الربا لا يحرم النَّسَاء عنده، فهو ينكر حرمة النَّسَاء. (نهاية)

(٢٠) فى جانب.

(٢١) فى جانب.

(١) فى جانب النقد.

(٢) أى الثوب الواحد الهروى.

(٣) أن لا يكون مانعاً. (ن)

(٤) قوله: "أنه مال الربا إلخ" فيه أن كونه من مال الربا من وجه شبهة، وكون النقدية أو جبت فضلا شبهة الشبهة، والشبهة هى المعتبرة دون النازل عنها.

والجواب أن الشبهة الأولى فى المحل، والثانية فى الحكم، وثمة شبهة أخرى وهى التى فى العلة، وشبهة العلة فى المحل تثبت شبهة الحكم لا شبهة الشبهة. فإن قيل: إجماع الصحابة على حرمة النَّسَاء، فكان الاستدلال به أولى من المذكور فى الكتاب، فالجواب أن الخصم إن سلم الإجماع فله أن يقول: إنهم أجمعوا على النَّسَاء فى كمال العلة لا فى شبهتها. (ع)

(٥) وحده كما فى الحنطة مع الشعير.

(٦) وحده كالثوب الهروى مع الهروى.

(٧) أى فى محل صالح لعلة صالحة لها.

(٨) قوله: "وهى مانعة" وهذا لأن كل حكم تعلق بوصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة إلا بهما، فلكل واحد منهما شبهة العلة، فيثبت بشبهة العلية شبهة الفضل كما يثبت بحقيقتها حقيقته. (ك)

(٩) عن الجواز.

(١٠) حتى فسد البيع مجازفة لاحتمال الربا. (ك)

(١١) قوله: "إلا أنه إلخ" استثناء من قوله: وحرم النَّسَاء فى قوله: فإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النَّسَاء. (عينى)

(١٢) كالقطن والحديد. (ن)

(١٣) الواو وصلية.

(١٤) قوله: "بالأمناء" وهو جمع المنى [منا كعصا يك من يا پيمانه ايست. من] مقصوراً والتثنية منوان، وقال الجوهرى: المنى الذى يوزن به. (عينى)

(١٥) زعفران.

ولو باع[١] بالنقود موازنة[٢]، وقبضها[٣] صح[٤] التصرف[٥] فيها[٦] قبل الوزن، وفى الزعفران وأشباهه لا يجوز[٧]، فإذا اختلفا[٨] فيه[٩] صورة[١٠] ومعنًى[١١] وحكمًا لم يجمعهما القدر[١٢] من كل وجه، فتنزل[١٣] الشبهة فيه[١٤] إلى شبهة الشبهة، وهي غير معتبرة. قال[١٥]: وكل شيء نص رسول الله عليه السلام على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل[١٦] أبدًا وإن[١٧] ترك الناس الكيل فيه، مثل الحنطة، والشعير، والتمر، والملح. وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنًا فهو موزون أبدًا وإن[١٨] ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة؛ لأن النص أقوى من العرف[١٩]،

---

(١٦) قوله: "بالسنجات [أى بالمثاقيل والدراهم الصنجات. شامى]" وهى معربة سنگ ترازو ونقل عن الفراء أن السين أفصح، ونقل عن ابن السكيت الصنجات، ولا يقال: بالسين. (ع)

(١٧) النقد.

(١) الزعفران وأشباهه. (ن)

(٢) بشرط الوزن على أنه عشرة منا. (اى)

(٣) النقود.

(٤) أى للبائع.

(٥) بأن يشترى بها شيئًا.

(٦) النقود.

(٧) أى للمشترى، أى التصرف قبل الوزن.

(٨) قوله: "فإذا اختلفا" لا يقال: لم يخرجا بذلك عن كونهما موزونين فقد جمعهما الوزن لأن إطلاق الوزن عليهما حينئذ بالاشتراك اللفظى ليس إلا وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كأن الوزن لم يجمعهما حقيقة. (ع)

(٩) الوزن.

(١٠) أى صفة كما قال فى رد التعليل فى صفة الوزن. (عناية)

(١١) قوله: صورة ومعنى إلخ" على طريق اللف والنشر المرتب نظير الصورة أن الزعفران يوزن بالأمناء، وهذا بالسنجات، والمعنى أن ذلك معين، وهذا لا، والحكم أنه يجوز التصرف قبل القبض فى هذا دون ذلك. (نهاية)

(١٢) الوزن.

(١٣) قوله: "فتنزل الشبهة فيه إلى إلخ" فإن الموزونين إذا اتفقا فى الوزن كان المنع لبيع النَّسَاء للشبهة، وإذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن والوزن وحده شبهة، فكان ذلك شبهة الشبهة. (عينى)

(١٤) أى الشبهة الواقعة فى الوزن.

(١٥) أى القدورى. (عينى)

(١٦) أى من غير اختصاص بعهده ﷺ.

(١٧) الواو وصلية.

(١٨) الواو وصلية.

(١٩) قوله: "أقوى من العرف" لأن العرف يحتمل أن يكون على الباطل، وأما النص بعد ثبوته لا يحتمل، ولأن العرف حجة على الذين تعارفوا لا من لم يتعارفوا، والنص حجة على الكل. (نهاية)

والأقوى لا يترك بالأدنى.

وما لم ينص عليه محمول على عادات الناس؛ لأنها دالة[١]، وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضًا، لأن[٢] النص على ذلك لمكان العادة، فكانت هي المنظور إليها وقد تبدلت[٣]، فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويًا وزنًا، أو الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما[٤] وإن[٥] تعارفوا ذلك، لتوهم الفضل[٦] على ما هو المعيار فيه[٧]، كما إذا باع مجازفة[٨]، إلا أنه يجوز الإسلام في الحنطة[٩] ونحوها وزنًا لوجود الإسلام في معلوم[١٠].

قال[١١]: وكل ما ينسب إلى[١٢] الرطل[١٣] فهو وزني[١٤]، معناه[١٥] ما يباع بالأواقي[١٦]، لأنها قدّرت بطريق الوزن[١٧] حتى يحتسب ما يباع بها وزنًا، بخلاف

---

(١) قوله: "لأنها" أي لأن عادة الناس دالة على جواز الحكم فيما وقعت عليه عادتهم، لقوله عليه السلام: «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن». (ن)

(٢) قوله: "لأن النص إلخ" أي لأن النص بالكيل في المكيل وبالوزن في الموزون في ذلك الوقت إنما كان لمكان العادة فيه، فكانت العادة هي المنظور إليها. (ك)

(٣) قوله: "وقد تبدلت [العادة، فيجب أن يثبت الحكم على وفق العادة. ع]" والجواب عنه أن تقرير رسول الله ﷺ إياهم على ما تعارفوا في ذلك بمنزلة النص منه، فلا يعتبر بالعرف، لأنه لا يعارض النص. (ك)

(٤) الطرفين.

(٥) الواو وصلية.

(٦) قوله: "لتوهم إلخ" فشرط الجواز فيهما المماثلة في الكيل والوزن، ولم يعلم. (ك)

(٧) أي الكيل في الحنطة والوزن في الذهب.

(٨) أي لم يجز لعدم العلم بالمساواة.

(٩) قوله: "إلا [استثناء من قوله: لا يجوز عندهما] أنه يجوز إلخ" وهو رواية الطحاوي عن أصحابنا، وروى الحسن عن أصحابنا أنه لا يجوز لأنه مكيل بالنص، والفتوى على الأول لعادة الناس. (ك)

(١٠) قوله: "لوجود الإسلام إلخ" فإن المماثلة في الوزن ليست بمعتبرة في المسلم فيه إنما المعتبر فيه هو الإعلام على وجه ينفي المنازعة في التسليم، وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن. (عيني)

(١١) أي محمد في "الجامع". (عيني)

(١٢) أي إلى كيل الرطل.

(١٣) قوله: "الرطل" -بالكسر والفتح- لغةً: نصف من، وعن الأصمعي هو الذي يوزن به أو يكال به، وقال أبو عبيدة: وزنه مائة درهم وثمانية وعشرون درهما وزن سبعة. (ك)

(١٤) قوله: "فهو وزني" فائدة هذا أنه لو باع ما ينسب إلى الرطل بجنسه متفاضلا في الكيل متساويًا في الوزن يجوز، وذكر في "المبسوط": كل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون، ثم قال: المراد به الأوهان ونحوها، لأن الرطل إنما يعدل بالوزن. (نهاية)

(١٥) فهو وزني.

(١٦) قوله: "بالأواقي" الأوقية بالتشديد أربعون درهما، أفعولة من الوقاية، لأنها تقي صاحبها من الضرر، وعند

سائر المكاييل[١]، وإذا كان موزونًا، فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه[٢] بمكيال مثله لا يجوز[٣] لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة.

قال[٤]: وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان[٥] يعتبر[٦] فيه قبض عوضيه في المجلس؛ لقوله عليه السلام*: «الفضة بالفضة[٧] هاء وهاء[٨]»، معناه يدًا بيد[٩]، وسنبين[١٠] الفقه[١١] في الصرف إن شاء الله.

قال[١٢]: وما سواه[١٣] مما[١٤] فيه الربا[١٥] يعتبر فيه التعيين، ولا يعتبر فيه التقابض[١٦]، خلافًا للشافعي في بيع الطعام بالطعام[١٧]، له قوله عليه السلام

الأطباء الأوقية وزن عشرة مثاقيل وخمسة أسباع درهم، وهي أستار وثلثا درهم، وفي كتاب العين: الأوقية وزن من أوزان الدهن وهي سبعة مثاقيل، كذا في "المغرب"، وفي الصحاح: الأوقية في الحديث أربعون درهمًا، وكذلك فيما مضى.

وأما اليوم فيما تعارفه الناس، وتقرر عليه الأطباء، فالأوقية عندهم وزن عشرة درهم وخمسة أسباع درهم، وهي أستار، وثلث استار، والجمع الأواقي، وإن شئت خففت الياء في الجمع. (نهاية)

(١٧) قوله: "لأنها قدرت بطريق الوزن" لأنه يشق وزن الدهن بالأمناء، لأنه لا يمسك إلا في وعاء، وفي وزن كل وعاء حرج، فاتخذت الأواقي كذلك تيسيرًا، بخلاف سائر المكاييل. (ك)

(١) قوله: "بخلاف إلخ" متصل بقوله: لأنها قدرت بطريق الوزن، حيث لم يقدر المكاييل بطريق الوزن، فالاعتبار في المكاييل للكيل. (نهاية)

(٢) وإذا عرف وزنه جاز. (ع)

(٣) وإن كانت المساواة في الكيل.

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "ما وقع على جنس الأثمان [النقود]" أي في الطرفين، هذا تعريفه، وقوله: يعتبر فيه قبض عوضيه، هذا حكمه. (ك)

(٦) أي يجب.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٧، والدراية ج٢، الحديث ٧٩٣ص١٥٦. (نعيم)

(٧) قوله: "الفضة إلخ" رواه ابن أبي شيبة بلفظ: الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء، والورق بالورق ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء. (ت)

(٨) قوله: "هاء وهاء [بالمد مبني على الفتح. ف]" بوزن هاع أي خذ، أي بيع الفضة بالفضة يقال فيه: هاء وهاء، أي يقول: كل واحد من المتعاقدين لصاحبه هاء، فيتقابضان. (ك)

(٩) قبل تفرق الأبدان.

(١٠) قوله: "وسنبين إلخ" أورد هذه المسألة في باب الربا، لأن عقد الصرف يقع في أموال الربا، فناسب إيراده ههنا. (مل)

(١١) أي الوجه لاشتراط التقابض.

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) قوله: "وما سواه" أي ما سوى الصرف من العقود الواردة على الأموال الربوية. (ك)

(١٤) جنس الأثمان.

(١٥) كالمكيلات والموزونات سوى الحجرين.

فى الحديث المعروف[١]: «يدًا بيدٍ[٢]»*، ولأنه[٣] إذا لم يقبض فى المجلس يتعاقب القبض، وللنقد مزية[٤]، فيتحقق شبهة الربا[٥].

ولنا: أنه[٦] مبيع متعين، فلا يشترط فيه القبض[٧] كالثوب[٨]، وهذا[٩] لأن الفائدة المطلوبة[١٠] إنما هو التمكن من التصرف، ويترتب ذلك على التعيين[١١]، بخلاف الصرف[١٢]، لأن القبض فيه ليتعين به[١٣]، ومعنى قوله عليه السلام[١٤]: «يدًا بيدٍ عينًا بعينٍ[١٥]»**، كذا رواه عبادة ابن الصامت رضى الله عنه[١٦]، وتعاقب

---

(١٦) فى المجلس.

(١٧) قوله: "خلافًا للشافعى فى بيع الطعام" ذكر لفظ الطعام مطلقًا ليتناول كل مطعوم سواء اختلف الجنس أو اتحد بأن باع كر حنطة بكر حنطة، أو بكر شعير وتمر، وافترقا من غير قبض فإنه يجوز العقد عندنا، وعند الشافعى لا يجوز. (نهاية)

(١) المشهور.

(٢) والمراد به القبض، وهذه الكناية، لأن اليد آلة القبض.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨، والدراية ج٢، الحديث ٧٩٤ص١٥٦. (نعيم)

(٣) هذا الدليل إلزامى من الشافعى على أبى حنيفة.

(٤) على غير النقد.

(٥) كالحال والمؤجل، وهى مانعة كالحقيقة فى باب الربا.

(٦) أى ماسوى جنس الأثمان.

(٧) فإن كل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض.

(٨) قوله: "كالثوب" أى كما لو باع ثوبًا بثوب، أو بثوبين وافترقا لا عن قبض، فإن قيل: إذا باع إناء فضة بإناء فضة، أو بإناء ذهب يشترط فيهما التقابض مع أن إناء الفضة والذهب مما يتعين بالتعيين.

قلنا: إن الذهب والفضة خلقا ثمنين والتعين بالصنعة عارض، فبقى شبهة عدم التعين نظرا إلى الأصل، فيشترط القبض اعتبارًا للشبهة فى الربا، بخلاف الطعام فإنه ما خلق للثمنية، فلا يكون فيها شبهة عدم التعين بعد التعيين. (ك)

(٩) أى عدم اشتراط القبض فيما يتعين. (ع)

(١٠) بالعقد.

(١١) فلا حاجة إلى القبض.

(١٢) قوله: "بخلاف الصرف" جواب عما يقال: لو كان الأمر كما قلتم لما وجب القبض فى الصرف.

(١٣) فإن النقود لا تتعين، فيشترط القبض.

(١٤) جواب عن استدلال الشافعى بالحديث.

(١٥) قوله: "عينًا بعين" إذ اليد آلة التعيين كما هو آلة القبض، فلم كان حمله على القبض أولى بل حمله على هذا حق لما روى عبادة بن الصامت عينًا بعين، فإن قيل: بعين هذا اللفظ أريد القبض فى الصرف حتى لو افترقا قبل القبض بطل الصرف، فكيف يجوز أن يراد به التعيين فى بيع الطعام قلنا: بل أريد التعين فيهما إلا أن التعيين فى الصرف لا يكون إلا بالقبض فاشتراط القبض للتعيين لا لعينه، فلم يختلف المراد. (كفاية)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨، والدراية ج٢تحت الحديث ٧٩٤ص١٥٦. (نعيم)

(١٦) قوله: "كذا رواه عبادة إلخ" فى حديث عبادة عند مسلم إنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله

القبض[١] لا يعتبر تفاوتًا في المال عرفًا، بخلاف النقد[٢] والمؤجل.

قال[٣]: ويجوز بيع البيضة بالبيضتين[٤]، والتمرة بالتمرتين، والجوزة بالجوزتين، لانعدام المعيار[٥]، فلا يتحقق الربا، والشافعي يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر[٦]. قال: ويجوز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما[٧] عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز، لأن الثمنية تثبت[٨] باصطلاح[٩] الكل[١٠]، فلا تبطل باصطلاحهما[١١]، وإذا بقيت أثمانًا لا تتعين[١٢]، فصار[١٣] كما إذا كانا بغير أعيانهما[١٤]، وكبيع الدرهم بالدرهمين[١٥]. ولهما: أن الثمنية في حقهما[١٦] تثبت[١٧] باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما، فتبطل باصطلاحهما[١٨]، وإذا بطلت الثمنية

وسلم ينهى عن الذهب بالذهب والفضة بالفضة، والبر بالبر، الشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح إلا سواء عينًا بعين، فمن زاد واستزاد فقد أربى. (ت)

(١) قوله: "وتعاقب القبض إلخ" جواب عن قول الخصم: ولأنه إذا لم يقبض في المجلس إلخ، يعني أن التجار لا يفصلون في المالية بين المقبوض في المجلس وغير المقبوض بعد أن يكون حالا، بخلاف الحال والمؤجل. (ك)

(٢) قوله: "بخلاف النقد" أي الحال والمؤجل، فإن فيهما التعاقب يعد تفاوتًا لأنهم يفصلون فيهما. (عيني)

(٣) أي محمد. (عيني)

(٤) قوله: "ويجوز بيع البيضة بالبيضتين إلخ" إن كانا موجودين، وإن كان أحدهما نسيئة لا يجوز، لأن الجنس بانفراده يحرم النَّسَاء، فإن قيل: الجوز والبيض والتمر جعلت أمثالا في ضمان المستهلكات، فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنين. أجيب بأن التماثل في ذلك إنما هو باصطلاح الناس على إهدار التفاوت، فيعمل ذلك في حقهم وهو ضمان العدوان، وأما الربا فهو حق الشرع، فلا يعمل فيه اصطلاحهم، فتعتبر الحقيقة وهي فيها متفاوتة صغرًا وكبرًا. (عناية)

(٥) أي القدر.

(٦) من أن علة الربا عندهم في المطعومات الطعم.

(٧) أي حال كونهما معينين يشار إليهما.

(٨) في الفلوس.

(٩) لا خلقة.

(١٠) من الناس.

(١١) لعدم ولايتهما على غيرهما.

(١٢) قوله: "لا تتعين إلخ" ولهذا لو قوبلت بخلاف جنسها كما إذا اشترى ثوبًا بفلوس معينة، فهلكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة. (ع)

(١٣) هذا البيع.

(١٤) حيث لا يجوز.

(١٥) حيث لا يجوز.

(١٦) المتعاقدين.

(١٧) في الفلوس.

(١٨) قوله: "فتبطل إلخ" واعترض عليه بأنها إذا كسدت باتفاق الكل لا تكون ثمنًا باصطلاح المتعاقدين، فيجب

تتعين[١] بالتعيين، ولا يعود وزنيا[٢] لبقاء الاصطلاح على العد إذ فى نقضه فى حق العد فساد العقد[٣]، فصار[٤] كالجوزة بالجوزتين[٥]، بخلاف النقود[٦]، لأنها للثمنية خلقة. وبخلاف[٧] ما إذا كانا[٨] بغير أعيانهما[٩]، لأنه كالئ بالكالئ[١٠]،

أن لا تكون عروضاً أيضاً باصطلاحهما إذا كان الكل متفقاً على ثمنيتها سواهما.

وأجيب بأن الأصل فى الفلوس أن تكون عروضا، فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الأصل، فلا يجوز أن تكون ثمناً باصطلاحهما لوقوعه على خلاف الأصل، وأما إذا اصطلحا على كونها عروضاً كان ذلك على وفاق الأصل، فكان جائزاً، وإن كان من سواهما متفقين على الثمنية، وفيه نظر، لأنه ينافى قوله: إن الثمنية فى حقهما ثبتت إلخ، ويمكن أن يقال: معناه إن الثمنية قبل الكساد تثبت باصطلاحهما، أو بشرط أن يكون من سواهما متفقين على الثمنية. (ع)

(١) وتعود عروضاً.

(٢) قوله: "ولا يعود وزنيا" جواب إشكال، وهوأن يقال: إذا خرج فى حقهما عن أن يكون ثمناً، فيعود وزنيا، فكان هذا بيع قطعة صفر بقطعتى صفر، وذلك لا يجوز، فلم يكن فى إبطال وصف الثمنية تصحيح هذا العقد، فقال: الاصطلاح فى الفلوس كان على صفة الثمنية، والعدو هما فى هذه المبايعة أعرضا عن اعتبار صفة الثمنية فيها، وما أعرضا عن اعتبار صفة العدو ليس من ضرورة خروجها من أن يكون ثمناً فى حقهما خروجها من أن تكون عددية كالجوز والبيض، فهو عددى وليس بثمن، فهذا باتفاقهما يصير بهذه الصفة. (كفاية)

(٣) قوله: "فساد العقد [وهما قصدا صحة العقد]" وفيه نظر لأنه مدعى الخصم، ولو ضم إلى ذلك، والأصل حمله على الصحة كان له أن يقول: الأصل حمل العقد عليها مطلقاً أو فى غير الربويات، والأول ممنوع، والثانى لا يفيد. (عناية)

(٤) بيان لانفكاك العد من الثمنية. (عناية)

(٥) حيث يجوز لانعدام المعيار فلا ربا.

(٦) قوله: "بخلاف النقود إلخ" جواب عن قول محمد كبيع الدرهم بالدرهمين، لأن النقود للثمنية خلقة، أى من حيث الخلقة لا من حيث الاصطلاح، فلا تبطل الثمنية باصطلاحهما. (عينى)

(٧) جواب عما قال محمد: كما إذا كانا بغير أعيانهما.

(٨) العوضان.

(٩) فإن ذلك لم يجز.

(١٠) قوله: "لأنه كالئ إلخ" أى لأن هذا العقد نسيئة بنسيئة وهو منهى عنه عن ابن عمر رضى الله عنه قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أن يباع كالئ بكالئ» يعنى ديناً بدين، رواه ابن أبى شيبة وإسحاق بن راهوية، والبزار فى مسانيدهم، قال فى الفائق: كلأ الدين كلأ تأخر فهو كالئ. (عينى)

قوله: "لأنه كالئ بالكالئ" قلت: روى من حديث ابن عمر، ومن حديث رافع بن خديج، فحديث ابن عمر رواه ابن أبى شيبة وإسحاق بن راهوية، ولفظ البزار: قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن بيع الغرر وعن كالئ بكالئ وعن بيع عاجل بآجل»، فالغرر أن تبيع ما ليس عندك، والكالئ بالكالئ دين بدين، والعاجل بالآجل أن يكون له مؤجل، فيستعجل عنها بخمس مائة. ورواه ابن عدى فى الكامل، وأعله بموسى بن عبيدة، ونقل تضعيفه عن أحمد بن حنبل، وقال: قيل لأحمد: فإن شعبة يروى عنه، قال: ما رأينا، قال ابن عدى: والضعف على حديثه بين، ورواه عبد الرزاق فى "مصنفه": أخبرنا إبراهيم بن أبى يحيى الأسلمى عن عبد الله بن دينار به، باللفظ الأول، وهو معلول.

ورواه الحاكم فى "المستدرك"، والدارقطنى فى "سننه" عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر: «أن النبى ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ»، وقال: هو النسيئة بالنسيئة، قال الحاكم: حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه، وغلطه البيهقى، وقال: فيه موسى بن عبيدة الزهرى. وأما حديث رافع بن خديج فرواه الطبرانى فى "معجمه": حدثنا أحمد بن عبد الله البزاز التسترى، حدثنا محمد بن أبى يوسف المسكى، حدثنا محمد بن يعلى عن موسى بن

وقد نهى عنه*، وبخلاف[٢] ما إذا كان[٣] أحدهما[٤] بغير عينه، لأن الجنس بانفراده[٥] يحرم النَسَاء. قال[٦]: ولا يجوز الحنطة بالدقيق ولا بالسويق، لأن المجانسة باقية من وجه[٧]، لأنهما من أجزاء الحنطة، والمعيار فيهما الكيل، لكن الكيل غير مسوٍ[٨] بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما[٩] فيه[١٠]، وتخلخل[١١] حبات الحنطة، فلا يجوز[١٢] وإن[١٣] كان كيلا بكيل.

ويجوز بيع الدقيق بالدقيق[١٤] متساويًا[١٥] كيلا[١٦] لتحقق الشرط[١٧]، وبيع

عبيدة عن عيسى بن سهل بن رافع ابن خديج عن أبيه عن جده قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة ونهى أن يقول الرجل للرجل ابتع هذا بنقد واشتريته بنسيئة حتى يبتاعه وعن كالئ بكالئ ودين بدين»، انتهى. (تخريج الزيلعي)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩، والدراية ج٢، الحديث ٧٩٥ ص١٥٧. (نعيم)

(٢) قوله: "وبخلاف [جواب عن القسمين الباقيين] إلخ" يعني إذا كان أحد العوضين في ما إذا باع فلسا بفلسين غير معين، وكان الآخر عينًا لا يجوز، لأن جنس العوضين متحد، والجنس بانفراده مع قطع النظر عن الكيل والوزن يحرم النَسَاء، وههنا يلزم النَسَاء، لأنه إذا لم يكن أحدهما بعينه لم يتصور قبضه في الحال، فيحتاج إلى النَسَاء، فصار كما إذا باع ما لم يكن كيليا ولا وزنيا عاجلا بآجل مع اتحاد الجنس، فإنه لا يجوز، بخلاف المتنازع فيه، وهو ما إذا كان كل من العوضين معينًا يشار إليه، فإنه لا يفضى إلى النَسَاء، ولا إلى فساد آخر. (مولوى محمد عبد الحى رحمه الله تعالى)

(٣) فإنه لم يجز.

(٤) أي العوضين.[أي الفلس والفلسين].

(٥) بدون الكيل والوزن.

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) قوله: "باقية من وجه" لأن الطحن لم يؤثر إلا في تفريق الأجزاء، والمجتمع لا يصير بالتفريق شيئًا آخر، وزائلة من وجه، لأن اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما بين الحنطة والشعير، وقد زال الاسم وهو ظاهر، وتبدلت الصورة، واختلفت المعاني والمنافع، وكانت الحرمة للفضل ثابتة قبل الطحن، وقد بقيت المجانسة من وجه، فلا يزول تلك الحرمة بالشك، فاشترط التساوي في بيع الحنطة بالدقيق، ولم يوجد لأن الكيل لا يسوى بينهما، فلذلك لم يجز البيع أصلا، أي لا متساويا ولا متفاضلا بالكيل، ولا بغيره لشبهة الفضل. (مل)

(٨) قوله: "لكن الكيل إلخ" فإن قيل: الحرمة في الربا حرمة موقتة إلى غاية وجود المساواة، فلو يثبت الحرمة بينهما على هذا الطريق لكانت الحرمة مطلقة لا تنتهي أبدا، فحينئذٍ كان على خلاف ما اقتضاه النص في الأصل، وهو قوله عليه السلام: «لا تبيعوا بالبر إلا متساويا»، وهذا فرع ذلك، فيجب أن يكون على وفاق الأصل.

قلنا: الحرمة المتناهية في الربا هي حرمة حقيقة الفضل، فإن تلك الحرمة تنتهي بالمساواة، وأما الحرمة الثابتة بشبهة الفضل فغير موقتة، ألا ترى أن حرمة النَسَاء حرمة بشبهة الفضل لا تنتهي إلى غاية ولا تنتهي بالمسوى بل تبقى إلى أن يبقى النَسَاء فكذلك ههنا يبقى حرمة بيع الحنطة بالدقيق لعدم إمكان المساواة. (ك)

(٩) اكتناز پر شدن هر چه باشد. (من)

(١٠) الكيل فصار كالمجازفة في احتمال الزيادة.

(١١) جدا شدن أجزاى چيزى از يكديگر. (غث)

(١٢) لعدم التساوي مع جنسية العوضين.

(١٣) الواو متصلة.

الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة متفاضلا ولا متساويًا، لأنه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية[١]، ولا بيع السويق بالحنطة، فكذا بيع أجزاءهما لقيام المجانسة[٢] من وجه، وعندهما يجوز[٣] لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود[٤].

قلنا: معظم المقصود وهو التغذى يشملهما[٥]، ولا يبالى بفوات البعض[٦] كالمقلية مع غير المقلية[٧]، والعلكة[٨] بالمسوسة.

قال: ويجوز بيع اللحم بالحيوان[٩] عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: إذا باعه بلحم من جنسه[١٠] لا يجوز إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر[١١]، ليكون

---

(١٤) قوله: "ويجوز إلخ" وعند الشافعي لا يجوز، لأنه لا يعتدل في الدخول تحت الكيل، إذ هو ينكبس، قلنا: المجانسة بينهما قائمة من كل وجه، والاتفاق في القدر ثابت، فبيان المجانسة ظاهر، وأما بيان الاتفاق في القدر أن الدقيق كيلي، فإن الناس اعتادوا بيعه كيلا، ولهذا جاز السلم كيلا، وحكى عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل: أن بيع الدقيق بالدقيق إذا تساويا كيلا إنما يجوز إذا كانا مكبوسين، كذا في "الذخيرة". (كفاية)

(١٥) حال.

(١٦) تمييز.

(١٧) هو وجود المسوى. (عناية)

(١) أي بالحنطة المقلية، أي المشوية.

(٢) قوله: "لقيام المجانسة" إذ السويق أجزاء حنطة مقلية، والدقيق أجزاء حنطة غير مقلية، وبيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح بحال، فكذا بيع الدقيق بالسويق، ولهذا لا يجوز بيع المقلية بالدقيق، ولا بيع الحنطة بالسويق، فكذا بيع أجزائهما بل هذا أولى لتوفر المجانسة ههنا. (ك)

(٣) كيف ما كان متساويا أو متفاضلا بعد أن يكون يدا بيد. (ن)

(٤) قوله: "لاختلاف المقصود" لأنه يقصد بالدقيق اتخاذ الخبز والأطرية، ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق إنما يلت بالسمن أو العسل فيوكل. (ن)

(٥) الدقيق والسويق.

(٦) أي بعض المنافع.

(٧) قوله: "كالمقلية مع غير المقلية" والعلكة بالمسوسة فلا يصلح للزراعة والهريسة، وذا لا يوجب اختلاف الجنس، فكذا الدقيق مع السويق إلا أن بيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح في الأصح لعدم المسوى بينهما، فإن المقلية لا يعتدل بالدخول في الكيل لانتفاخ يحدث فيها بالغلى إذا قليت رطبة أو ضمور إذا قليت يابسة.

وهذا التفاوت معتبر لأنه بصنع العباد، بخلاف التفاوت بين العلكة والمسوسة، لأنه بآفة سماوية لا يمكن التحرز عنه، وبيع العلكة بالمسوسة يصح لوجود المسوى بينهما حنطة علكة، أي يتلزج كالعلكة من جودتها وصلابتها التلزج التمدد من غير انقطاع المسوسة، بكسر الواو المشددة التي وقع فيها السوسة، وهي دودة تقع في الصوف والثياب والطعام. (ك)

(٨) أي الجيدة يقال: طعام علك أي متين المضغة.

(٩) الحي.

(١٠) قوله: "بلحم من جنسه" بأن باع لحم الشاة، ولو كانا مختلفين بأن باع لحم البقر بالشاة، وما أشبهه يجوز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما يجيء في اللحمان المختلفة. (نهاية)

(١١) مما في الحيوان.

اللحم[١] بمقابلة ما فيه من اللحم، والباقى بمقابلة السقط[٢]، إذ لو لم يكن كذلك[٣] يتحقق الربا من حيث زيادة السقط[٤]، أو من حيث زيادة اللحم، فصار كالحل[٥] بالسمسم[٦]. ولهما: أنه باع الموزون بما ليس بموزون[٧]، لأن الحيوان لا يوزن عادةً، ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن، لأنه يخفف نفسه[٨] مرة[٩]، ويثقل أخرى[١٠]، بخلاف تلك المسألة[١١]، لأن الوزن فى الحال يعرف قدر الدهن[١٢] إذا ميز بينه وبين الثجير[١٣]، ويوزن الثجير. قال[١٤]: ويجوز بيع الرطب[١٥] بالتمر[١٦] مثلا بمثل[١٧] عند أبى حنيفة، وقالا: لا يجوز؛ لقوله عليه السلام[١٨] حين سئل عنه[١٩]:

---

(١) المفرز.

(٢) قوله: "السقط" [هو غير اللحم كالجلد والأمعاء والكرش والطحال] سقط المتاع زوالة وأراد به ههنا ما لا يطلق عليه اسم اللحم من الشاة سقط بالتحريك هيچ كاره از هر چيز. (من)

(٣) أى أكثر بل مساويًا أو أقل.

(٤) قوله: "من حيث زيادة السقط" هذا إذا كان اللحم المفرز مثل اللحم الذى فى الحيوان، أو من حيث زيادة اللحم والسقط هذا إذا كان اللحم المفرز أقل من اللحم الذى فى الحيوان، وإنما لم يقل الشارح المحقق فى الشق الثانى: والسقط لاكتفاء زيادة اللحم فى ثبوت الربا. وفى "الكفاية": من حيث زيادة السقط بأن قوبل اللحم باللحم، أو من حيث زيادة اللحم، بأن قوبل اللحم بالسقط، انتهى، وعليك التدرب. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٥) قوله: "فصار كالحل [بالفتح وتشديد اللام روغن كنجد. م] إلخ" أى كبيع دهن السمسم بالسمسم فإنه لا يصح إلا إذا كان الحل أكثر من الحل الذى فى السمسم، والحل دهن السمسم غير مطيب. (مل)

(٦) بكسر هر دوسين كنجد. (م)

(٧) قوله: "باع الموزون بما ليس بموزون" فهما جنسان، قيل إذا اختلف الجنسان ،لم يشملهما الوزن جاز البيع نسيئة، وليس كذلك، وأجيب بأن النسيئة إذا كانت فى الشاة الحية فهو سلم فى الحيوان، وإن كان فى البدل الآخر فهو سلم فى اللحم، وكلاهما لا يجوز. (ع)

(٨) لصلابته. (ك)

(٩) فلا يدرى أن الشاة خففت نفسها أو ثقلت.

(١٠) قوله: "ويثقل أخرى" لا سترخاء مفاصله والميت لاسترخاء مفاصلة أثقل من الحى والنسَاء لاسترخاءهن أثقل من الرجال لصلابتهم. (ك)

قوله: "ويثقل" إثقال گران كردن بوزن، وگران شدن، وگرانبار شدن، وگرانبار كردن. (م)

(١١) أى بيع الحل بالسمسم. (ك)

(١٢) قوله: "يعرف إلخ" فيكون حينئذٍ بيع الموزون بموزون من جنسه، فلا يجوز إلا مع التساوى، وذلك مجهول، والنهى عن بيع اللحم بالحيوان فيما إذا كان أحدهما نسيئة كما ذكر مقيدا به فى رواية، وبه نقول. (ك)

(١٣) قوله: "وبين الثجير [هو ثقل كل شيء يعصر. نهاية]" ثجير كأمير كنجاره كه ثقل باشد. (من)

(١٤) أى القدورى. (عينى)

(١٥) خرماى پخته تر.

(١٦) خرماى پخته خشك.

«أو ينقص[١] إذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام لا إذاً[٢]» *، وله: أن الرطب تمر لقوله عليه السلام حين أهدي[٣] إليه رطبًا: «أو كل تمر خيبر[٤]» **، هكذا

(١٧) وأما متفاضلا فلا يجوز إجماعًا.

(١٨) رواه مالك فى "الموطأ".

(١٩) أى عن بيع الرطب تمرًا.

(١) الرطب.

(٢) قوله: "لا إذا" أى لا يجوز على ذلك التقدير، أى تقدير النقصان بالجفاف، ثم فى قوله: أو ينقص إذا جف، إشارة إلى أنه يشترط لجواز العقد المماثلة فى أعدل الأحوال، وهو بعد الجفاف، ولا يعرف ذلك بالمساواة بالكيل فى الحال. (نهاية)

قوله: "لا إذا" قلت: رواه مالك فى "الموطأ" عن عبد الله بن يزيد عن زيد بن عياش عن سعد ابن أبى وقاص أنه سئل عن البيضاء بالسلت، فقال: سعد أيهما أفضل قال: البيضاء، فنهاه عن ذلك، وقال: سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن شراء التمر بالرطب، فقال عليه السلام: أينقص الرطب إذا جف؟ قال: نعم، فنهاه عن ذلك.

ومن طريق مالك رواه أصحاب السنن الأربعة، وقال الترمذى: حديث حسن، ورواه أحمد فى "مسنده"، وابن حبان فى "صحيحه"، والحاكم فى "المستدرك"، ولفظهما أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر، فقال: أ ينقص الرطب إذا جف؟ قالوا: نعم، قال: فلا إذن، قال الحاكم هذا حديث صحيح لإجماع أئمة النقل على إمامة مالك بن أنس، وأنه محكم لكل ما يرويه فى الحديث إذ لم يوجد فى رواياته إلا الصحيح خصوصا فى حديث أهل المدينة، والشيخان لم يخرجاه لما خشيا من جهالة زيد بن عياش. وقد تابع مالكًا فى رواية عن عبد الله بن يزيد إسماعيل بن أمية، ويحيى بن أبى كثير، ثم أخرج حديثهما، وسكت عنهما، قال الخطابى: وقد تكلم بعض الناس فى إسناد هذا الحديث وقال: زيد بن عياش مجهول، ومثل هذا الإسناد على رأى الشافعى لا يحتج به، وليس الأمر كما توهمه، فإن زيداً هذا من بنى زهرة معروف، وقد ذكره مالك فى "الموطأ"، وهو لا يروى عن مجهول، ولا عن رجل متروك الحديث، وهذا من شان مالك وعادته، انتهى. وقال المنذرى فى "مختصره": قد حكى عن بعضهم أنه قال: زيد بن عياش مجهول، وكيف يكون مجهولا وقد روى عنه اثنان ثقتان عبد الله بن يزيد، مولى الأسود بن سفيان، وعمران بن أبى أنيس، وهما مما احتج به مسلم فى "صحيحه"، وقد عرفه أئمة هذا الشان، فالإمام مالك قد أخرج حديثه، وكذلك الحاكم فى المستدرك، وقد ذكره مسلم فى كتاب الكنى، وكذلك ذكره النسائى فى كتاب الكنى، وكذلك ذكره الحافظ ابن أحمد، وذكروا أنه سمع من سعد بن أبى وقاص، وما علمت أحداً ضعفه. وقال ابن الجوزى فى التحقيق: قال أبو حنيفة: زيد بن عياش مجهول، فإن كان هو لم يعرفه فقد عرفه أئمة النقل، ثم ذكر ما قاله المنذرى سواء، واعلم أن شيخنا علاء الدين نسب المصنف إلى الوهم فى قوله: ومداره على زيد بن عياش، قال: إنما هو زيد أبو عياش كما هو فى الحديث، و شيخنا قلد غيره فى ذلك، وليس ذلك بصحيح، قال صاحب "التنقيح": زيد بن عياش أبو عياش المخزومى، ويقال: مولى بنى زهرة المدنى ليس به بأس، وقال ابن حزم: مجهول. (تخريج الزيلعى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٤٠، والدراية ج٢، الحديث ٧٩٦ص١٥٧. (نعيم)

(٣) أى عامل خيبر.

(٤) قوله: "أو كل تمر خيبر إلخ" قلت أخرج البخارى ومسلم عن أبى هريرة وأبى سعيد الخدرى أن النبى ﷺ بعث أخا بنى عدى الأنصارى، فاستعمله على خيبر، فقدم بتمر جنيب، فقال له رسول الله ﷺ: أكل تمر خيبر هكذا؟ قال: لا، والله يا رسول الله! إنا لنشترى الصاع بالصاعين من الجمع، فقال رسول الله ﷺ: لا تفعلوا، ولكن مثلا بمثل، أو بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا، انتهى، وقد كشفت طرق الحديث وألفاظه: فلم أجد فيه ذكر الرطب. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٤٣، والدراية ج٢، الحديث ٧٩٧ص١٥٨. (نعيم)

سماه تمرًا[١]، وبيع التمر بمثله جائز؛ لما روينا[٢]، ولأنه لو كان تمرًا[٣] جاز البيع بأول الحديث، وإن كان غير تمر[٤] فبآخره[٥]، وهو قوله عليه السلام: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم»*، ومدار ما رويناه[٦] على زيد بن عياش، وهو ضعيف[٧] عند النقلة[٨].

قال: وكذلك[٩] العنب[١٠] بالزبيب[١١]، يعني على هذا الخلاف[١٢]، والوجه ما بيناه[١٣]، وقيل: لا يجوز بالاتفاق[١٤] اعتبارًا[١٥] بالحنطة المقلية[١٦] بغير المقلية،

---

(١) قوله: "سماه [أي النبي ﷺ] تمرًا" فإن قيل: لو كان الرطب تمرًا ينبغي أن يحنث فيما إذا حلف لا يأكل رطبًا، فأكل تمرًا، قلنا: مبنى الأيمان على العرف، وفي العرف الرطب غير التمر. (ك)

(٢) من قوله عليه السلام: «التمر بالتمر مثلا مثلا».

(٣) قوله: "ولأنه لو كان إلخ" ذكر في "المبسوط": ودخل أبو حنيفة بغداد فسئل عن هذه المسألة، وكانوا شديدا عليه لمخالفة الخبر، فقال: الرطب لا يخلو إما أن يكون تمرًا أو لم يكن، فإن كان تمرا جاز العقد عليه لقوله عليه السلام: التمر بالتمر، وإن لم يكن تمرًا جاز العقد أيضًا لقوله عليه السلام: إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم، فأورد عليه حديث سعد فقال: هذا الحديث دائر على زيد بن عياش، وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه، واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن حتى قال ابن المبارك: كيف يقال: أبو حنيفة لا يعرف الحديث، وهو يقول: زيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه. (ك)

(٤) قوله: "وإن كان إلخ" فإن قيل: فبالنظر إلى هذا الترديد ينبغي أن يجوز بيع الحنطة المقلية بغير المقلية، لأن المقلية لاتخلو إما إن كانت حنطة، أو لم تكن، فإن كانت حنطة يجوز بيعها بالحنطة لقوله عليه السلام: الحنطة بالحنطة، وإن لم تكن حنطة يجوز أيضًا، لقوله عليه السلام: إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم.
قلنا: هذا جواب جدلي لأجل دفع الخصم، أما الجواب لأبي حنيفة عن قوله: أو ينقص إذا جف، فبإطلاق النبي عليه السلام اسم التمر على الرطب. (ك)

(٥) الحديث.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٣، والدراية ج٢ تحت الحديث ٧٩٧ ص١٥٨. (نعيم)

(٦) الصاحبان.

(٧) قوله: "وهو ضعيف إلخ" وتأويل الحديث إن صح أن السائل كان وصيًا ليتيم فلم ير رسول الله ﷺ في ذلك التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند [illegible]وف، فمنع الوصي منه على طريق الإشفاق لا على وجه بيان فساد العقد، كذا في "المبسوط"، ولأن الصحيح أنه سئل عن بيع الرطب بالتمر نَسَاء كذا روى أبو داود في "سننه"، وبه نقول. (كفاية)

(٨) أي نقلة الحديث وأصحابه.

(٩) قوله: "وكذلك" أي يجوز عند أبي حنيفة إذا تساويا كيلا، ولا يجوز عندهما تساويا أو تفاضلا.

(١٠) انگور تر.

(١١) انگور خشك.

(١٢) قوله: "على هذا الخلاف" ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف إشارة إلى قوة دليل أبي حنيفة. (عناية)

(١٣) قوله: "والوجه ما بيناه" أي الوجه في بيع العنب بالزبيب ما بيناه في بيع الرطب بالتمر وهو أن الزبيب مع العنب إن كان جنسًا واحدًا جاز بيع أحدهما بالآخر متماثلا كيلا، وإن كانا جنسين جاز أيضًا. (عيني)

(١٤) قوله: "بالاتفاق" والفرق لأبي حنيفة بين بيع التمر بالرطب وبيع العنب بالزبيب على هذه الرواية هو أن النص ورد بإطلاق لفظ التمر على الرطب في قوله عليه السلام: أو كل تمر خيبر هكذا، ولم يرد بإطلاق اسم الزبيب على

والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا[١] عندنا[٢]؛ لأنه بيع التمر بالتمر، وكذا[٣] بيع[٤] الحنطة الرطبة[٥]، أو المبلولة[٦] بمثلها أو باليابسة. أو التمر أوالزبيب المنقع[٧] بالمنقع منهما متماثلا عند أبى حنيفة وأبى يوسف، وقال محمد[٨]: لا يجوز جميع ذلك[٩]، لأنه يعتبر[١٠] المساواة فى أعدل الأحوال وهو المآل[١١]، وأبو حنيفة يعتبر[١٢] فى الحال، وكذا أبو يوسف عملا بإطلاق الحديث[١٣]، إلا أنه ترك هذا الأصل[١٤] فى بيع الرطب بالتمر لما رويناه[١٥] لهما[١٦].

ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول[١٧] وبين الرطب بالرطب[١٨]: أن التفاوت

العنب. (ك)

(١٥) قياسًا.

(١٦) مشوية.

(١) أى من حيث الكيل. (ع)

(٢) قوله: "عندنا" خلافا للشافعى لأنه ربا يتفاوت فى أعدل الأحوال أعنى عند الجفوف، فلا يجوز كالحنطة مع الدقيق. (عناية)

(٣) أى يجوز.

(٤) قوله: "بيع الحنطة الرطبة إلخ" أى بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة، أو المبلولة بالمبلولة، والحنطة الرطبة بالمبلولة أو باليابسة.

(٥) پخته تر.

(٦) بالماء.

(٧) قوله: "المنقع" -بالفتح مخففًا- لا غير من أنقع الزبيب فى الخابية، ونقعه ألقاه فيها ليبتل، ويخرج منه الحلاوة، والمنقع من التنقيع لم يورد فى الكتب المتداولة فى اللغة. (نهاية)

(٨) قوله: "وقال محمد إلخ" قال شمس الأئمة الحلوانى: إن الرواية محفوظة عن محمد أن بيع الحنطة اليابسة بالمبلولة إنما لايجوز إذا ابتلت الحنطة وانتفخت، أما إذا لم تنتفخ بعد لكن بلت من ساعته يجوز بيعها باليابسة إذا تساويا كيلا، كذا فى "المحيط" و "الذخيرة". (ك)

(٩) إشارة إلى قوله: وكذا بيع إلخ.

(١٠) قوله: "لأنه يعتبر المساواة إلخ" ولم يوجد المساواة فى المآل إذ بالجفاف ينتقص الرطبة. (مل)

(١١) وهو حال الجفاف.

(١٢) المساواة.

(١٣) المشهورة فى باب المساواة.

(١٤) أى المساواة فى الحال.

(١٥) وهو قوله عليه السلام:لا إذا. (ن)

(١٦) صاحبين.

(١٧) قوله: "هذه" أى بيع الحنطة الرطبة أوالمبلولة إلخ. (ك)

(١٨) حيث يجوز عنده.

فيها[1] يظهر[2] مع بقاء البدلين[3] على الاسم[4] الذى عقد عليه العقد، وفى الرطب بالتمر[5] مع بقاء أحدهما على ذلك، فيكون تفاوتًا فى عين المعقود عليه، وفى الرطب بالرطب التفاوت[6] بعد زوال ذلك الاسم، فلم يكن تفاوتًا فى المعقود عليه، فلا يعتبر[7]. ولو باع البسر[8] بالتمر متفاضلا[9] لا يجوز، لأن البسر تمر[10]، بخلاف[11] الكفرى[12] حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد، لأنه ليس بتمر[13] فإن هذا الاسم[14] له[15] من أول ما تنعقد صورته لا قبله[16]، والكفرى عددى[17] متفاوت[18] حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة[19].

---

(١) قوله: "أن التفاوت إلخ" حاصله أن التفاوت إذا ظهر مع بقاء البدلين، أو أحدهما على الاسم الذى عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه فى المعقود عليه، وإذا ظهر بعد زوال الاسم الذى عقد عليه العقد من البدلين، فليس بمفسد إذ لم يكن تفاوتًا فى المعقود عليه، فلا يكون معتبرا. ولقائل أن يقول: هذا إنما يستقيم إذاكان العقد واردا على البدلين بالتسمية، وأما إذا كان بالإشارة إلى المعقود عليه فلا، لأن المعقود عليه هو الذات المشار إليها وهى لا تتبدل. (ع)

(٢) فى المال بعد الجفاف.

(٣) فوجد التغير فى المعقود عليه، فلا يجوز.

(٤) أى اسم الحنطة والزبيب والتمر.

(٥) قوله: "وفى الرطب بالتمر إلخ" يعنى فى الرطب بالتمر يظهر التفاوت فى المآل بعد الجفاف مع بقاء أحد البدلين أعنى التمر على ذلك أى على الاسم الذى وقع عليه العقد، فصار كأنه تفاوت فى عين المعقود عليه، وهو مفسد للعقد. (مل)

(٦) قوله: "التفاوت" أى يظهر التفاوت بعد خروج البدلين عن اسم عقد عليه العقد. (ك)

(٧) فيصح العقد.

(٨) قوله: "البسر" بسر بالضم غوره خرما، ويضم السين، وآنچه از شكوفه خرما أول ظاهر شود آن را طلع خوانند، وچون بسته گردد سياب گويند، وهر گاه سبز وگرد گردد جدال، وچون اند كے كلان گردد آنرا بغو خوانند، چون ازان كلان شود بسر ست بعد ازان مخظم، بعد ازان موكت بعد ازان تذنوب بعد ازان خمسبه بعد ازان خالع وچون پختگى آن بانتهاء سد رطب نامند، وبعد ازان تمر. (من)

(٩) ومتساويًا كيلا يدًا بيد يجوز إجماعًا. (عناية)

(١٠) قوله: "لأن البسر تمر" لأن التمر اسم الثمرة النخل من أول ما ينعقد صورتها. (مل)

(١١) قوله: "بخلاف الكفرى" هوكم النخل واشتقاقه من الكفر، وهو الستر سمى به لأنه يستر ما فى جوفه من التمر. (ب)

(١٢) قوله: "الكفرى [غنچه خرما وهو أول ما يشق عنه النخل]" كفرى - بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصوراً -. (ف)

(١٣) لأنه لم ينعقد بعد فى صورة التمر. (ف)

(١٤) أى اسم التمر. (ك)

(١٥) أى للبسر. (ن)

(١٦) فإن قبل انعقاد صورته اسمه الكفرى. (ك) أى قبل الانعقاد.

(١٧) قوله: "الكفرى عددى إلخ" هذا جواب عما يقال: الكفرى لما لم يكن من جنس التمر وجب أن يجوز

قال[١]: ولا يجوز بيع الزيتون[٢] بالزيت، والسمسم بالشيرج[٣] حتى يكون الزيت والشيرج أكثر[٤] مما في الزيتون والسمسم، فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير؛ لأن عند ذلك[٥] يعرى[٦] عن الربا إذ ما فيه[٧] من الدهن[٨] موزون[٩]، وهذا[١٠] لأن ما فيه لو كان أكثر[١١]، أو مساويًا له فالثجير[١٢] وبعض الدهن أو الثجير وحده[١٣] فضل[١٤]، ولو لم يعلم[١٥] مقدار ما فيه لا يجوز[١٦] لاحتمال الربا، والشبهة فيه[١٧] كالحقيقة[١٨]، والجوز[١٩] بدهنه، واللبن بسمنه، والعنب بعصيره،

الإسلام في الكفرى إذا جعل التمر رأس المال، فأجاب بأن الكفرى عددى متفاوت، فلم يجز السلم فيه بالتمر للجهالة لا للمجانسة. (ك)

(١٨) صغرًا وكبرًا.

(١٩) لأن عددى متفاوت.

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "الزيتون [أى ثمرة الزيتون. نهاية]" وفى "المغرب": الزيتون من العصارة، ويقال لثمرة الزيتون أيضًا، ولدهنه الزيت والشيرج الدهن الأبيض، ويقال للعصير أو النبيذ قبل أن يتغير شيرج أيضًا، وهو تعريب شيرة. (ك)

(٣) المراد به ههنا ما يتخذ من السمسم.

(٤) أى من الدهن الذى فى إلخ.

(٥) أى مقابلة الدهن بالدهن، ومقابلة الزائد بالثجير.

(٦) عقد.

(٧) أى فى الزيتون أو السمسم.

(٨) بيان ما.

(٩) قوله: "موزون" فإن قيل: ينبغى أن يجوز بيع الدهن بالسمسم بأى وجه كان، لأن الدهن وزنى، والسمسم كيلى، قلنا: المقصود من السمسم ما فيه، وهو الدهن، فكان حينئذٍ بيع الجنس بالجنس.

فإن قيل: لما كان فى السمسم الثجير أيضًا مقصودًا حتى جعل بمقابلته شىء من الدهن ينبغى أن يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفًا لكل واحد إلى خلاف الجنس كما فى كر حنطة وكر شعير بثلاثة أكرار حنطة وكر شعير، قلنا: ذلك الصرف إنما يصح فى المنفصل خلقة. (نهاية)

(١٠) أى شرط الزيادة.

(١١) من الدهن الخارجى.

(١٢) ينصرف إلى لو كان أكثر. (ن)

(١٣) ينصرف إلى متساويًا. (ن)

(١٤) وهو ربا.

(١٥) أى لا يدرى أن وزن الدهن الخالص مثله أو أقل أو أكثر.

(١٦) قوله: "لا يجوز" فإن قلت: إن الأصل فى البيع الجواز، فلا يترك الأصل بالشك، قلنا: الفساد بالوجهين، وهو ما إذا كان الدهن الخالص مثلا أو أقل، والحكم للغالب. (مل)

(١٧) الربا.

(١٨) قوله: "كالحقيقة" ولا يلزم بيع اللحم بالحيوان عندهما، لأن اللحم فى شراء الحيوان غير مقصود، وإنما

والتمر بدبسه[١] على هذا الاعتبار[٢]، واختلفوا في القطن[٣] بغزله[٤]، والكرباس[٥] بالقطن يجوز[٦] كيف ما كان[٧] بالإجماع.

قال[٨]: ويجوز[٩] بيع اللحمان المختلفة[١٠] بعضها ببعض متفاضلا، ومراده لحم الإبل والبقر، والغنم، فأما البقر والجواميس جنس واحد[١١]، وكذا[١٢] المعز[١٣] مع الضأن[١٤]، وكذا[١٥] العراب[١٦] مع البخاتي[١٧].

المقصود الدر والنسل، والإسامة، وإنما يعتبر المجانسة بما في الضمن إذا كان مقصوداً كما في الزيت بالزيتون، والسمسم بالشيرج، ألا ترى أن اللحم في الحيوان وإن كان موجوداً حقيقة فهو كالمعدوم حكماً، حتى لو أخذ بضعة من لحم الحيوان لا يحل تناولها، وعرفنا أن مقصود اللحم حصل بالذبح حكماً، فلا يعتبر قبله. (ك)

(١٩) اخروث.

(١) قوله: "بدبسه [دبس بكسر وبكسرتين دو شاب خرما. من]" دبس بمعنى دوشاب يعني شيره أنگور. (غب)

(٢) قوله: "على هذا الاعتبار" بيانه أنه إذا كان الدهن الخالص أكثر من الدهن الذي في الجوز، والسمن الخالص أكثر مما في اللبن والعصير الخالص أكثر مما في العنب، والدبس الخالص أكثر مما في التمر جاز وإلا فلا. (عيني)

(٣) قوله: "في القطن [پنبه] إلخ" أي في بيع القطن بغزل القطن متساوياً وزناً، قال بعضهم: يجوز لأن أصلهما واحد، وكلاهما موزون، وقال بعضهم لا يجوز، وإليه ذهب صاحب خلاصة الفتاوى لأن القطن ينقص إذا غزل فصار كالحنطة مع الدقيق. (عيني)

(٤) بالفتح رشتة.

(٥) كقرطاس جامه پنه سفيد. (من)

(٦) قوله: "يجوز إلخ" لاختلافهما من كل وجه، لأن الكرباس بالصنعة صار شيئاً آخر، وهذا يخالف ما روى عن محمد: أن بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا، وعنه أنه لا يجوز مطلقاً، كذا في "العناية". (مل)

(٧) أي سواء كان القطن أكثر مما في الكرباس من القطن، أو أقل، أو متساوياً. (ك)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قوله: "ويجوز إلخ" وقال الشافعي: لا يجوز لأن المقصود من اللحم التغذي والتقوى، واختلاف المقاصد بعد ذلك يرجع إلى الوصف، ونحن نقول: اللحم فرع أصول مختلفة، واختلاف الأصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة، والاتحاد في التغذي اعتبار المعنى العام كالطعم في المطعومات والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص. (نهاية)

(١٠) قوله: "المختلفة" كل ما يكمل به نصاب الآخر من الحيوان في الزكاة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقر، والجواميس، والبخاتي، والعراب، والمعز، والضأن، وكل ما لا يكمل به نصاباً لآخر، فهو يوصف بالاختلاف كالبقر، والغنم، والإبل. (عناية)

(١١) فلا يجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا. (نهاية)

(١٢) أي جنس واحد.

(١٣) بز.

(١٤) ميش.

(١٥) أي جنس واحد.

(١٦) شتران عربي گرامي نژاد.

(١٧) قوله: "مع البخاتي [منسوب إلى بخت نصر، فإنه أول من جمع بين العربي والعجمي]" بختي شتر قوي

قال[١]: وكذلك[٢] ألبان البقر والغنم، وعن الشافعي لا يجوز لأنها[٣] جنس واحد لاتحاد[٤] المقصود[٥]. ولنا: أن الأصول مختلفة حتى لا يكمل[٦] نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة، فكذا أجزاءها[٧] إذا لم تتبدل بالصنعة[٨].

قال[٩]: وكذا[١٠] خل[١١] الدقل[١٢] بخل العنب[١٣]؛ للاختلاف بين أصليهما[١٤]، فكذا بين ماءهما، ولهذا[١٥] كان[١٦] عصيراهما جنسين، وشعر المعز وصوف الغنم[١٧] جنسان[١٨] لاختلاف المقاصد[١٩].

دراز گردن متولد از عربی وعجمی منسوب ست بسوی بخت نصر، بختية مؤنث آن، بخت -بالضم- وبخاتي -بالتشديد- جمع. (من)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) أي يصح متفاضلا.

(٣) الألبان.

(٤) قوله: "لاتحاد" قلت: لم يتحد المقصود أيضاً فإن السمن يحصل بلبن البقر دون الإبل. (نهاية)

(٥) التغذي والتقوى.

(٦) فإن نصاب البقرة لا يكمل بالإبل والغنم.

(٧) قوله: "فكذا أجزاءها" حتى لايجوز في الألبان التي اتحد أصلها كألبان الشاة بعضها ببعض، ولكن مع اختلاف الجنس الألبان واللحوم كلها موزونة، فلذلك لا يجوز نسيئة، وأما بيع لحم الطيور بعضها ببعض فيجوز متفاضلا مع اتحاد الجنس، فإنه ليس بوزني عادةً ولا كيلي، فلم يتناوله القدر الشرعي، وفي مثله يجوز البيع متفاضلا. (مل)

(٨) قوله: "إذا لم يتبدل بالصنعة" قيل: معناه أن اختلاف جنس الأصول دليل اختلاف جنس الفروع إذا لم تتبدل بالصنعة، فإن الأجزاء المختلفة إذا أبدع فيها صنعة تصير كجزء واحد، بأن اتخذ منها الجبن لا يجوز بيعه متفاضلا، وفي مسألتنا لم تتبدل بالصنعة، فيكون الأجزاء مختلفة كأصولها. (ك)

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) أي يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا.

(١١) قوله: "خل الدقل إلخ" الدقل اردأ التمر، ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالبا أخرج الكلام على مخرج العادة. (عناية)

(١٢) قوله: "الدقل" دقل محركة خرمائى كه اورا اسمى بخصوص، واز أنواع مشهورة نباشد. (من)

(١٣) انگور تر.

(١٤) دقل وعنب.

(١٥) أي للاختلاف بين مائيهما.

(١٦) بالإجماع.

(١٧) ميش.

(١٨) وإن لم يتبدل الأصل والصنعة. (ك)

(١٩) قوله: "لاختلاف إلخ" فإن قيل: يجب أن يكون جنساً واحداً لأن المعز والغنم جنس واحد حتى اعتبر اتحادهما في حق الألبان، وفي حق تكميل النصاب.

قال: وكذا[١] شحم البطن بالألية[٢] أو باللحم، لأنها أجناس مختلفة، لاختلاف الصور[٣]، والمعاني، والمنافع اختلافًا فاحشًا.

قال[٤]: ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا[٥]؛ لأن الخبز صار عدديًا[٦]، أو موزونًا[٧]، فخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه، والحنطة مكيلة[٨]. وعن أبي حنيفة أنه لا خير فيه[٩]، والفتوى على الأول، وهذا[١٠] إذا كانا نقدين، فإن كانت الحنطة[١١] نسيئة جاز أيضًا[١٢]، وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف[١٣]، وعليه[١٤] الفتوى. وكذا السلم في الخبز جائز[١٥] في الصحيح[١٦]، ولا خير في استقراضه[١٧] عددًا أو وزنًا عند أبي حنيفة؛ لأنه يتفاوت بالخبز[١٨] والخباز

قلنا: نعم، كذلك إلا أن المقاصد فيهما قد اختلفت، فإن الحبال الصلبة والمسوح إنما تتخذ من شعر المعز دون صوف الضأن، واللبود واللفافة إنما تتخذ من صوف الضأن دون شعر المعز، فصار السبب اختلاف المقاصد جنسين مختلفين. (ك)

(١) أي جاز البيع متفاضلا.

(٢) پيه وگوشت سرين. (من)

(٣) قوله: "لاختلاف الصور إلخ" أما اختلاف الصور فلأن الصورة ما يحصل منه في الذهن عند تصوره، ولا شك في ذلك عند تصور هذه الأشياء، وأما اختلاف المعاني، فلأنه ما يفهم منه عند إطلاق اللفظ، وهما مختلفان لا محالة، وأما اختلاف المنافع فكأ، فله الطب. (ع)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) يدًا بيد، وعليه الفتوى. (ع)

(٦) كما عند محمد. (نهاية)

(٧) كما عند أبي يوسف. (نهاية)

(٨) بالنص، وكذا الدقيق فإنه جزءها.

(٩) قوله: "لا خير فيه [أي في بيع الخبز بالحنطة والدقيق]" أي لا يجوز على وجه المبالغة لأنه نكرة في موضع النفي، فتعم جميع جهات الخيرية. (ك)

(١٠) أي جواز بيع الخبز بالحنطة أو الدقيق.

(١١) أو الدقيق.

(١٢) قوله: "جاز أيضًا" لأنه أسلم موزونًا في مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره. (ع)

(١٣) لأنه أسلم في موزون. (عناية)

(١٤) أي على قوله أبي يوسف.

(١٥) قوله: "جائز [وزنًا]" لحاجة الناس، لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى لئلا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض. (عناية)

(١٦) قوله: "في الصحيح" احترز به عما روى عن أبي حنيفة أنه لا يجوز، لأنه لا يوقف على حده معناه أنه يتفاوت بالعجن والنضج عند الخبز، ويكون منه الثقيل والخفيف، وأبو يوسف يقول: الخبز موزون عادة، والسلم في الموزونات وزنًا يجوز إذا أتى بشرائط السلم. (مل)

(١٧) الخبز.

والتنور[1]، والتقدم والتأخر[2]، وعند محمد يجوز[3] بهما[4] للتعامل، وعند أبي يوسف يجوز[5] وزنًا[6]، ولا يجوز عددًا للتفاوت في آحاده.

قال[7]: ولا ربا بين المولى وعبده؛ لأن العبد وما في يده ملك لمولاه، فلا يتحقق الربا، وهذا[8] إذا كان مأذونًا[9] له[10]، ولم يكن عليه دين[11]، وإن كان عليه دين لا يجوز[12] بالاتفاق، لأن ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة، وعندهما تعلق به حق الغرماء، فصار كالأجنبي[13]، فيتحقق الربا كما يتحقق[14] بينه وبين مكاتبه[15]. قال[16]: ولا بين المسلم[17] والحربي في دار الحرب، خلافًا لأبي يوسف والشافعي، لهما: الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا[18]، ولنا: قوله

---

(١٨) قوله: "لأنه يتفاوت بالخبز" بالفتح من حيث الطول والعرض، والغلظ والرقة، والخباز لأن الخباز إذا كان حاذقًا في هذا الباب يجيء خبزه أحسن كون، وإلا فلا، والتنور، لأنه إذا كان جديدا يجيء خبزه جيدا، بخلاف ما إذا كان عتيقًا، وبحسب قوة نار التنور وضعفها، فإن نار التنور إذا كانت قوية يحترق وجه الخبز، ولا ينضج لبابه، وإذا كانت ضعيفة لا ينجبر جيدًا، بل ينبغي أن يكون النار معتدلة، والتقدم والتأخر، أي بحسب تقدم الخبز في أول التنور وتأخره في آخر التنور، فإن في آخر التنور النار قوية يحترق الخبز بذلك، وفي أوله لا ينضج كما ينبغي. (مل)

(١) بتشديد نون تنور نان پختن. (ك)

(٢) يعني قول أبي يوسف.

(٣) الاستقراض.

(٤) أي بالعدد والوزن.

(٥) الاستقراض.

(٦) وبه يفتى. (غر)

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) قوله: "وهذا إذا كان [أي عدم كون الربا] إلخ" لأنه حينئذ لا يتحقق البيع، فلا يتصور الربا. (ك)

(٩) في التجارة.

(١٠) مولى.

(١١) يحيط برقبته. (ع)

(١٢) أي البيع بالتفاضل.

(١٣) من المولى.

(١٤) الربا.

(١٥) لأن المكاتب كالحر الأجنبي.

(١٦) أي القدوري.

(١٧) الذي دخل دار الحرب بأمان.

(١٨) قوله: "لهما الاعتبار [القياس] بالمستأمن إلخ" أي يتحقق الربا بين المسلم والحربي الذي دخل دارنا بأمان في دارنا، فكذلك في دارهم، والجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بالعقد. (نهاية)

عليه السلام*: «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب[١]»، ولأن مالهم[٢] مباح[٣] في دارهم، فبأي طريق[٤] أخذه المسلم أخذ مالا مباحًا إذا لم يكن فيه غدر[٥]، بخلاف المستأمن[٦] منهم، لأن ماله صار محظورًا[٧] بعقد الأمان.

باب الحقوق[٨]

ومن اشترى منزلا[٩] فوقه منزل فليس له[١٠] الأعلى إلا أن يشتريه[١١] بكل حق هو له، أو بمرافقه، أو بكل قليل وكثير هو فيه، أو منه، ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق[١٢] هو له لم يكن له الأعلى[١٣]، ومن اشترى دارًا بحدودها[١٤] فله العلو[١٥] والكنيف[١٦] جمع[١٧] بين المنزل والبيت والدار، فاسم الدار ينتظم[١٨] العلو، لأنه اسم

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٤، والدراية ج٢، الحديث ٧٩٨ ص١٥٨. (نعيم)

(١) قوله: "لا ربا إلخ" قلت: غريب، وأسند البيهقي في "المعرفة" في كتاب السير عن الشافعي قال: قال أبو يوسف: إنما قال أبو حنيفة: هذا؛ لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا ربا بين أهل الحرب»، وأظنه قال: وأهل الإسلام، قال الشافعي: وهذا ليس بثابت، ولا حجة فيه، انتهى كلامه. (ت)

(٢) أهل الحرب.

(٣) غير معصوم بالإباحة الأصلية.

(٤) من البيع والقمار.

(٥) لأن الغدر حرام.

(٦) جواب عن قياس أبي يوسف والشافعي.

(٧) أي ممنوعًا أخذه.

(٨) الحقوق توابع، فيلحق ذكرها بعد ذكر مسائل البيوع. (عناية)

(٩) قوله: "منزلا" المنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف، ومطبخ يسكنه الرجل بعياله، والبيت اسم لمسقف واحد، له دهليز، والدار اسم لما يشتمل على بيوت، ومنازل، وصحن غير مسقف، فكانت الدار أعم من أختيها، لاشتمالها عليهما، فاستتبعت العلو ذكر الحقوق أولا. (ك)

(١٠) أي لا يدخل في البيع المنزل الأعلى.

(١١) قوله: "إلا أن يشتريه" أي إلا أن يقول وقت الشراء: اشتريته بكل حق هو له، أي للمنزل، كالمسيل، والطريق الذي فيه حق الخروج والدخول، أو بمرافقه أي منافعه جمع مرفق، ومرافق الدار المتوضأ والمطبخ ونحوهما، أو بكل قليل وكثير هو فيه، أي في المنزل مما ينتفع به كالميزاب، أو منه كالكنيف ونحوه، أي يدخل الأعلى بواحد من هذه الألفاظ الثلاثة. (مل)

(١٢) أو بعبارة أخرى من الثلث.

(١٣) البيت الأعلى.

(١٤) ولم يذكر شيئًا. (م)

(١٥) بلندى.

لما أدير عليه الحدود، والعلو من توابع الأصل وأجزاءه، فيدخل فيه[١].

والبيت اسم لما يبات فيه، والعلو مثله، والشيء لا يكون تبعًا[٢] لمثله[٣]، فلا يدخل[٤] فيه إلا بالتنصيص[٥] عليه. والمنزل[٦] بين الدار والبيت[٧]، لأنه يتأتى فيه مرافق[٨] السكنى مع ضرب قصور، إذ لا يكون فيه منزل الدواب، فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعًا عند ذكر التوابع[٩]، ولشبهه بالبيت لا يدخل[١٠] فيه بدونه[١١]، وقيل[١٢]: في عرفنا[١٣] يدخل العلوفي جميع ذلك، لأن كل مسكن[١٤] يسمى

---

(١٦) المستراح كنيف -بالفتح- جاى خلا وطهارت. (ن)

(١٧) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٨) أى يشمله من غير نص باسمه الخاص ومن غيإذكر الحقوق.

(١) العلو.

(٢) قوله: "لا يكون تبعًا إلخ" فإن قيل: يشكل على هذا المستعير، فإن له أن يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل، والمكاتب، فإن له أن يكاتب.

قلنا: المراد من عدم التبعية ههنا في اللفظ الواحد، بأن يكون اللفظ موضوعًا لشيء، فعند ذكر الشيء يدخل هو ومثله فإنه لا يصح بل ما كان تبعًا لذلك الشيء يدخل تبعًا للمذكور الذى وضع له اللفظ مقصودًا.

وأما فى الإعارة والمكاتب لم يتبع للفظه ماهو مثله أيضًا، ولكن لما أعار لرجل فقد ملكه المنافع، وولاية الإعارة للمستعير إنما نشأت من تملكه المنافع كالمالك، إلا أنه لم يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل بخلاف المالك؛ لأن المستعار أمانة فى يده، وفيما يختلف باختلاف المستعمل احتمال وقوع التغير فيه بسبب استعمال المستعير الثانى، فمنع عنه حذراً عن وقوع التغير به. وكذلك المكاتب لما اختص بمكاسبه كان هو أحق بتصرف يوصله إلى مقصوده، وفى كتابة عبده تسبب إلى ما يوصله إلى مقصوده عسى. (ك)

(٣) لأن تبع الشيء يكون أدنى منه لا مثله.

(٤) العلو.

(٥) أى بذكره صريحًا.

(٦) ليس له صحن غير مسقف، ولا اصطبل الدواب. (رد المحتار)

(٧) أى فوق البيت وتحت الدار.

(٨) المنافع.

(٩) وهو قوله: بكل حق وأمثاله. (نهاية)

(١٠) العلو.

(١١) أى بدون ذكر التوابع.

(١٢) قوله: "وقيل في عرفنا إلخ" أى قالوا الجواب على هذا التفصيل بناء على عرف أهل الكوفة، وفى عرفنا يدخل العلو فى الكل، أى سواء باع باسم البيت أو المنزل، أو الدار، لأن كل مسكن يسمى خانة سواء كان صغيراً أو كبيراً إلا دار السلطان، فإنه يسمى سرائے. (ك)

(١٣) أى عرف بخارا.

(١٤) وفى نسخة: بيت.

بالفارسية خانه، ولا يخلو[١] عن علو، وكما يدخل العلو فى اسم الدار يدخل الكنيف، لأنه من توابعه[٢]. ولا يدخل[٣] الظلة[٤] إلا بذكر ما ذكرنا[٥] عند أبى حنيفة رحمه الله، لأنه[٦] مبنى على هواء الطريق[٧]، فأخذ حكمه.

وعندهما إن كان مفتحه[٨] فى الدار يدخل من غير ذكر شيء[٩] مما ذكرنا[١٠]، لأنه من توابعه[١١]، فشابه الكنيف[١٢]. قال[١٣]: ومن اشترى بيتًا في دار، أو منزلا، أو مسكنًا لم يكن[١٤] له الطريق إلا أن يشتريه بكل حق هو له، أو بمرافقه، أو بكل قليل وكثير، وكذا[١٥] الشرب[١٦] والمسيل[١٧]؛ لأنه[١٨] خارج الحدود[١٩]، إلا أنه من

---

(١) قوله: "ولا يخلو عن علو" وفيه نظر لأن الخلو وعدمه لم يكن له مدخل فى الدليل، ويقال: معناه إن البيت فى عرفنا لا يخلو عن علو، وأنه يدخل فى عرفنا، فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول متروكًا بالمعروف. (ع)

(٢) الدار.

(٣) قوله: "ولا يدخل الظلة إلخ" الظلة هى الساباط الذى يكون أحد طرفيه على الدار المبيعة، والطرف الآخر على دار أخرى، أو على الأسطوانات فى السكة، ومفتحه فى الدار، وذكر فى "المغرب": وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون به السدة [ايوان بالاى در] التى فوق الباب. (ك)

(٤) قوله: "الظلة [سائبان]" أى ولو خارجًا مبنيًا على الظلة لأنه يعد من الدار. (بحر)، وهو المستراح، وبعضهم يعبر عنه ببيت الماء النهر. (رد المحتار)

(٥) وهو قوله: بكل حق هو له إلخ. (ك)

(٦) الظلة.

(٧) والطريق لا يدخل إلا بذكر التوابع، فكذا الظلة.

(٨) راه ظلة.

(٩) أى بكل حق إلخ.

(١٠) يعنى من العبارات المذكورة. (ع)

(١١) الدار.

(١٢) حيث يدخل من غير ذكر الحقوق والمرافق.

(١٣) أى محمد. (عينى)

(١٤) قوله: "لم يكن له الطريق" يعنى الطريق الخاص في ملك إنسان، فأما طريقها إلى سكة غير نافذة، وإلى طريق عام يدخل، وكذا ما كان لها من حق مسيل الماء، أو حق إلقاء الثلج فى ملك إنسان، فلا يدخل، كذا فى "شرح الطحاوى رحمه الله".

وفى "الذخيرة": بذكر الحقوق إنما يدخل الطريق الذى يكون وقت البيع لا الطريق الذى كان قبله، حتى إن من سد طريق منزله، وجعل له طريقا آخر وباع المنزل بحقوقه دخل تحت البيع الطريق الثانى لا الأول. (ك)

(١٥) أى لا يدخل فى بيع الأرض.

(١٦) بالكسر حصه آب. (م)

(١٧) مسيل جاى روان شدن آب. (م)

التوابع[١]، فيدخل بذكر التوابع[٢]، بخلاف الإجارة[٣]، لأنها[٤] تعقد للانتفاع، ولا يتحقق[٥] إلا به، إذ المستأجر لا يشترى الطريق عادة[٦]، ولا يستأجره، فيدخل تحصيلا[٧] للفائدة المطلوبه منه[٨]، أما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه، لأن المشترى عادة يشتريه[٩]، وقد يتجر فيه[١٠]، فيبيعه من غيره، فحصلت الفائدة.

باب الاستحقاق[١١]

ومن اشترى جارية، فولدت[١٢] عنده فاستحقها رجل ببينة، فإنه يأخذها، وولدها، وإن أقر بها لرجل لم يتبعها[١٣] ولدها، ووجه الفرق[١٤] أن البينة حجة[١٥] مطلقة، فإنها[١٦] كاسمها مبينة[١٧]، فيظهر بها ملكه[١٨] من الأصل والولد كان متصلا

---

(١٨) أى لأن كل واحد من الطريق والشرب والمسيل.

(١٩) أى حدود المبيع.

(١) لأنها إنما يقصد بها الانتفاع بالبيع.

(٢) وهو قوله: بكل حق إلخ. (ن)

(٣) قوله: "بخلاف الإجارة" فإن الطريق يدخل فى أستئجار الدور، والمسيل، والشرب فى استئجار الأراضى وإن لم يذكر الحقوق والمرافق، لأن الإجارة تعقد لتمليك المنافع والانتفاع بالدار بدون الطريق، وبالأرض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق إذ المستأجر إلخ. (ع)

(٤) قوله: "لأنها تعقد للانتفاع إلخ" ولذا لا يصح الإجارة فيما لا ينتفع به فى الحال كالأرض السبخة والبيع تمليك العين لا المنفعة، ولذا يجوز بيع الأرض السبخة ونحوها. (ن)

(٥) الانتفاع.

(٦) وكذا الشرب والمسيل.

(٧) ضرورة تصحيح العقد. (ك)

(٨) أى من الإجارة.

(٩) الدار

(١٠) أى فى شراءه.

(١١) قوله: "باب الاستحقاق [طلب الحق]" مناسبة البابين ظاهرة من حيث اللفظ والمعنى. (نهاية)

(١٢) لا باستيلاده.

(١٣) قوله: "لم يتبعها ولدها" أى لا يأخذ المقر له الولد بل الأمة، وهذا إذا لم يذكر المقر له الولد، أما إذا ادعى الولد كان له، لأن الظاهر له، وإن لم يدعه لم يحكم له. (ن)

(١٤) بين البينة والإقرار.

(١٥) قوله: "حجة مطلقة" حتى تظهر فى حق كافة الناس، لأن البينة تصير حجة بالقضاء، وللقاضى ولاية عامة، فيتعدى إلى الكل، وأما الإقرار فحجة قاصرة، لأنه لا يتوقف على القضاء، وله ولاية على نفسه دون غيره، فيقصر عليه، ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض لو استحق بالبينة ولا يرجع فى الإقرار. (ك)

(١٦) البينة.

بها، فيكون[١] له[٢]، أما الإقرار حجة قاصرة[٣] يثبت[٤] الملك[٥] في المخبر به[٦] ضرورة صحة الإخبار، وقد اندفعت[٧] بإثباته[٨] بعد الانفصال[٩]، فلا يكون الولد له[١٠]. ثم قيل: يدخل الولد[١١] في القضاء بالأم تبعًا[١٢]، وقيل: يشترط القضاء[١٣] بالولد[١٤]، وإليه تشير المسائل[١٥]، فإن القاضي إذا لم يعلم بالزوائد[١٦]، قال محمد رحمه الله: لا تدخل الزوائد في الحكم، وكذا الولد إذا كان في يد غيره[١٧] لا يدخل تحت الحكم بالأم تبعًا. قال[١٨]: ومن اشترى عبداً[١٩] فإذا هو[٢٠] حر، وقد قال[٢١]

---

(١٧) المظهر.

(١٨) قوله: "فيظهر بنها [أي بالبينة] ملكه [الرجل] إلخ" فإن الملك لا بد له من زمان، وليس زمان بأولى بالتعين فيظهر الملك من الأصل أي من وقت الشراء لا في الحال، لأن الشهود لا يتمكنون من إثبات ما لم يكن ثابتًا، والولد كان يوم الشراء متصلا بالأم فيأخذها. (مل)

(١) الولد.

(٢) الرجل.

(٣) لانعدام الولاية على الغير.

(٤) في الحال.

(٥) للرجل.

(٦) أي الجارية.

(٧) الضرورة.

(٨) الملك.

(٩) قوله: "بعد الانفصال" أي في الحال المنفصل فيه الولد عنها. (نهاية)

(١٠) الرجل.

(١١) في الاستحقاق بالبينة.

(١٢) للأم.

(١٣) قوله: "يشترط القضاء" لأن الولد يوم القضاء أصل بنفسه، فلا بد له من الحكم مقصودًا. (ك)

(١٤) وهو الأصح. (ع)

(١٥) أي مسائل "المبسوط".

(١٦) وحكم بالأصل.

(١٧) أي غير المستحق له وهو غائب، فقضى بالأم.

(١٨) أي محمد. (عيني)

(١٩) أي شخصًا على ظن أنه عبد. (ك)

(٢٠) ببينة أقامها.

(٢١) حين البيع.

العبد للمشتري: اشترني [١] فإني عبد له، فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء [٢]، وإن كان البائع لا يدرى أين هو رجع المشترى على العبد [٣]، ورجع هو على البائع [٤]، وإن ارتهن عبداً مقراً بالعبودية فوجده [٥] حراً لم يرجع [٦] عليه [٧] على كل حال. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يرجع فيهما [٨] [٩]، لأن الرجوع بالمعاوضة أو بالكفالة [١٠]، والموجود ليس إلا الإخبار كاذباً [١١]، فصار كما إذا قال [١٢] الأجنبى: ذلك، أو قال العبد: ارتهنى فإنى عبد [١٣]، وهى المسألة الثانية. ولهما [١٤]: أن المشترى شرع فى الشراء [١٥] معتمداً على أمره [١٦]،

---

(١) قوله: "اشترنى فإنى عبد" إنما قيد بهذين القيدين لأنه لو قال وقت البيع: إنى عبد ولم يأمره بالشراء، أو قال: اشترنى ولم يقل: إنى عبد لا يرجع فى قولهم جميعاً. (نهاية)

(٢) لأن البائع أخذ المال، فمنه الرجوع.

(٣) لأن العبد أمره بالشراء وأتلف ماله.

(٤) قوله: "ورجع هو [العبد] على البائع" وإنما يرجع العبد على البائع إذا قدر عليه، وإن لم يأمره البائع بهذا الضمان، لأنه أدى دينه، وهو مضطر فى ذلك، فصار كمعير الرهن. (نهاية)

(٥) المرتهن.

(٦) قوله: "لم يرجع إلخ" أى لم يرجع المرتهن على هذا العبد المقر فى حال من الأحوال سواء كان الراهن حاضراً أو غائباً أية غيبته كانت. (ن)

(٧) العبد.

(٨) أى المشترى والمرتهن على العبد.

(٩) أى فى البيع والرهن. (ن)

(١٠) قوله: "لأن الرجوع [على العبد] إلخ" أى الرجوع بالثمن وجوبه بالمعاوضة، أو بالكفالة لما أن أنواع الرجوع على الغير بالضمان كثيرة، وذكر شمس الأئمة رحمه الله فى "الجامع الصغير" قول محمد رحمه الله مع قول أبى يوسف رحمه الله. (ك)

(١١) دون المعاوضة والكفالة.

(١٢) قوله: "إذا قال الأجنبى" أى قال الأجنبى: اشتره فإنه عبدفاشتراه، فظهر حرّاً ليس على الأجنبى شيء.(مل)

(١٣) فظهر حراً.

(١٤) وهو ظاهر الرواية. (ن)

(١٥) قوله: "شرع فى الشراء إلخ" وحين أقر بالعبودية غلب ظن المشترى بذلك، واعتمد فى الشراء على إقراره، فصارمغرورا من جهته والغرور فى المعاوضات التى تقتضى سلامة العوض جعل سبب الضمان دفعا للغرور بقدر الإمكان، كما فى المولى إذا قال لأهل السوق: هذا عبدى، وقد أذنت له فى التجارة، فبايعوه ولحقته ديون، ثم ظهر أنه حر، فإنهم يرجعون على المولى بديونهم بقدر قيمته بحكم الغرور، وهذا غرور وقع فى عقد المعاوضة والعبد بظهور حريته أهل للضمان، فيجعل العبد إلخ. (عناية)

(١٦) بقوله: اشترنى. (ع)

وإقراره[١]: إني عبد، إذ القول له في الحرية[٢]، فيجعل العبد بالأمر بالشراء ضامنًا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعًا للغرور والضرر[٣]، ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه[٤]، والبيع عقد معاوضة[٥]، فأمكن أن يجعل الآمر به[٦] ضامنًا للسلامة[٧]، كما هو موجبه[٨]، بخلاف الرهن، لأنه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة[٩] لاستيفاء عين حقه[١٠] حتى يجوز الرهن[١١] ببدل الصرف[١٢]، والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال، فلا يجعل الأمر به ضمانًا للسلامة[١٣].

وبخلاف الأجنبي[١٤] لأنه لا يعبأ بقوله[١٥]، فلا يتحقق الغرور، ونظير مسألتنا[١٦] قول المولى[١٧]: بايعوا عبدي هذا فإني قد أذنت[١٨] له، ثم ظهر[١٩]

---

(١) بقوله: فإني عبد. (عناية)

(٢) فإن الأصل هو الحرية في بني آدم.

(٣) عن المشتري.

(٤) البائع.

(٥) قوله: "والبيع إلخ" إنما خص رحمه الله به مع كونه معلومًا من قوله إن المشتري شرع في الشراء تمهيدًا للجواب عن الرهن، اهتمامًا ببيان اختصاص موجبة الغرور للضمان بالمعاوضات. (ع)

(٦) العبد.

(٧) أي سلامة المبيع.

(٨) قوله: "كما هو [أي السلامة] موجبه" فيجعل العبد بالأمر ضامنا سلامة بدله عند عدم سلا[مة] نفسه، وتعذر رجوعه على البائع نفيًا للغرور والضرر. (ك)

(٩) قوله: "بل هو وثيقة إلخ" فإن الرهن عبارة عن جعل الشيء محبوسًا بحق يمكن استيفاءه، وأخذه من مالية المرهون لا من عينه. (مل)

(١٠) المرتهن.

(١١) قوله: "حتى يجوز إلخ" هذا استدلال بجواز الرهن على أن الرهن ليس بمعاوضة، إذ لو كان معاوضة لكان استبدالا ببدل الصرف والمسلم فيه ضرورة وقوع الاستيفاء بهلاك الرهن في يد المرتهن، وأنه حرام. (ك)

(١٢) قوله: "ببدل الصرف" بأن باع زيد عشرة دراهم من عمرو بعشرة دراهم، ثم ارتهن زيد من عمرو شيئًا عوض عشرة دراهم التي هي بدل الصرف، ثم هلك المرهون في يد زيد المرتهن، فصار المرتهن مستوفيا حقه إن كان قيمة الرهن يساوي بدل الصرف، وإن كان في قيمته فضل فهو أمانة، وإن كان بدل الصرف أكثر رجع زيد على عمرو بالباقي. والمسلم فيه بأن أسلم زيد عشرة دراهم في مائة قفيز من برعند عمرو، ثم رهن عمرو شيئًا عوض المسلم فيه عند زيد، فهلك المرهون في يد زيد المرتهن، فالحال على ما عرفت آنفا. (مل)

(١٣) قوله: "فلا يجعل إلخ" أي لم يكن الأمر بالارتهان غرورا في عقد معاوضة، فلا ينتهض سببًا للضمان، ولهذا إذا سأل رجل غيره عن أمن الطريق، فقال له: اسلك هذا الطريق فإنه آمن، فسلكه فسلب اللصوص أمواله لا يضمن المخبر بشيء لأنه غرورفيما ليس بمعاوضة. (ك)

(١٤) جواب عن قياس أبي يوسف.

(١٥) إذ لا علم له بحال العبد ظاهرًا، ولا ولاية له.

الاستحقاق يرجعون[١] عليه[٢] بقيمته[٣]، ثم فى وضع المسألة[٤] ضرب[٥] إشكال على قول أبى حنيفة رحمه الله، لأن الدعوى شرط فى حرية العبد[٦] عنده، والتناقض يفسد الدعوى[٧].

وقيل[٨]: إن كان الوضع[٩] فى حرية الأصل، فالدعوى فيها ليس بشرط[١٠] عنده[١١] لتضمنه تحريم فرج الأم[١٢]، وقيل: هو[١٣] شرط[١٤] لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق[١٥]، وإن كان الوضع[١٦] فى الإعتاق[١٧] فالتناقض لا يمنع[١٨]

---

(١٦) وهو قوله: ومن اشترى.

(١٧) من أهل السوق.

(١٨) أى فى التجارة وقد لحقه ديون، ثم إلخ.

(١٩) أى ظهر أنه حر مستحق نفسه.

(١) أى أهل السوق.

(٢) المولى.

(٣) العبد.

(٤) بقوله: فإذا هو حر.

(٥) النوع.

(٦) لإقامة البينة.

(٧) قوله: "والتناقض إلخ" فالعبد بعد ما قال: اشترنى فإنى عبد، فأما أن يدعى الحرية أولا فالأول تناقض، فكيف يثبت به الحرية، والثانى ينتفى شرط الحرية. (عناية)

(٨) أى قيل فى الجواب أن قول الإمام محمد فإذا العبد حر يحتمل حرية الأصل وحرية العتاقة، فإذا كان إلخ. (ع)

(٩) أى وضع المسألة.

(١٠) على ما قال عامة المشايخ.

(١١) الإمام.

(١٢) قوله: "لتضمنه إلخ" توضيحه: أن الشخص إذا كان حر الأصل يكون فرج أمه حرامًا على من يدعى أنها ملكه، وحرمة الفرج من حقوق الله تعالى، وفى حقوق الله تعالى لا يشترط الدعوى، فتقبل الشهود بغير بينة، وهذا كما أن رجلين شهدا أن هذه الأمة أعتقها مولاها وهى ساكتة ثبت حرمتها بدون دعواها لأن حرمة الفرج حق الله تعالى. (مل)

(١٣) الدعوى.

(١٤) أى فى حرية الأصل أيضًا.

(١٥) قوله: "لخفاء العلوق إلخ" فإنه قد يجلب من دار الحرب صغيرًا، ولا يعلم حرية أبيه أو أمه، فيقر بالرق، ثم يعلم بحرية أمه أو أبيه، فيدعى الحرية، والتناقض فيما يجرى فيه الخفاء لا يمنع صحة الدعوى. (ك)

(١٦) أى وضع المسألة.

(١٧) أى الحرية بالإعتاق.

لاستبداد[١] المولى به، فصار كالمختلعة تقيم[٢] البينة على الطلقات الثلاث[٣] قبل الخلع، والمكاتب يقيمها[٤] علي الإعتاق قبل الكتابة.

قال[٥]: ومن ادعي حقا في دار[٦] معناه حقا مجهولا، فصالحه الذى فى يده على مائة درهم، فاستحقت الدار[٧] إلا ذراعا منها لم يرجع[٨] بشيء؛ لأن للمدعى أن يقول: دعواى في هذا الباقي.

وإن ادعاها كلها فصالحه[٩] على مائة درهم فاستحق منها[١٠] شيء رجع[١١] بحسابه؛ لأن التوفيق غير ممكن[١٢]، فوجب الرجوع[١٣] ببدله[١٤] عند فوات سلامة المبدل ودلت المسألة على أن الصلح عن المجهول[١٥] على معلوم جائز؛ لأن الجهالة فيما يسقط لا تفضى إلى المنازعة.

---

(١٨) صحة الدعوى.

(١) أى الاستقلال، فربما لا يعلم العبد إعتاقه، ثم يعلم بعد ذلك. (ع)

(٢) قوله: "تقيم البينة" فإنها تقبل منها لأن الزوج يتفرد بالطلاق فربما لم تكن عالمة عند الخلع، ثم علمت. (ع)

(٣) قوله: "على الطلقات الثلاث" إنما قيد بالثلاث لأن فيما دون الثلاث يمكن للزوج إقامة البينة أنه تزوجها بعد الطلاق الذى أثبتها المرأة بيومين أو يوم، فالمرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد إقامتهما البينة على ما ادعيا. (ن)

(٤) فإنها تقبل منه لاستبداد سيده بالتحرير.

(٥) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٦) بيد رجل، وأنكر المدعى عليه. (ع)

(٧) لرجل.

(٨) أى المدعى عليه على المدعى.

(٩) أى الذى فى يده الدار.

(١٠) أى من الدار.

(١١) المدعى عليه.

(١٢) قوله: "لأن التوفيق غير ممكن" لأن المائة كانت واقعة بدلا عن كل الدار، والبدل ينقسم على أجزاء المبدل، فلما استحق بعض المبدل تعين الرجوع. (عينى)

(١٣) لأنه أخذ ذلك من البدل بغير حق. (عينى)

(١٤) أى بحصته.

(١٥) قوله: "على أن إلخ" وعلى أن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح، لأن الدعوى المجهولة فى الدار ليست بصحيحة، حتى لو أقام البينة لا تقبل إلا إذا ادعى إقرار المدعى عليه بالحق، فحينئذ يصح الدعوى، وتقبل البينة. (نهاية)

فصل في بيع الفضولي[١]

قال[٢]: ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع، وإن شاء فسخ. وقال الشافعي رحمه الله: لا ينعقد[٣]، لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية، لأنها[٤] بالملك، أوبإذن المالك، وقد فقدا، ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية[٥].

ولنا: أنه تصرف تمليك[٦]، وقد صدر[٧] من أهله[٨] في محله[٩]، فوجب[١٠] القول بانعقاده، إذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره[١١]، بل فيه نفعه[١٢] حيث يكفى[١٣] مؤنة[١٤] طلب المشترى، وقرار الثمن، وغيره[١٥]، وفيه نفع العاقد[١٦] لصون

---

(١) قوله: "فصل في بيع الفضولي إلخ" مناسبة هذا بباب الاستحقاق ظاهر، لأن بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق، لأن المستحق إنما يقول عند الدعوى هذا ملكي، ومن باعك إنما باعك بغير إذني، فهو عين بيع الفضولي، والفضولي بضم الفاء لا غير.

وفي "المغرب": الفضل الزيادة، وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه حتى قيل:فضول بلا فضل، ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه: فضولي، لأنه صار بالغلبة لهذا المعنى كالعلم، ولم يصر إلى الواحد في النسبة كما في أعرابي وأنصاري، وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بأصيل، ولا وكيل، وفتح الفاء خطأ. (نهاية)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) البيع.

(٤) أي الولاية الشرعية. (ن)

(٥) وهي بالملك، أو بإذن المالك.

(٦) قوله: "تصرف تمليك [من إضافة العام إلى الخاص. نهاية]" ولم يقل: تمليك، لأن التمليك من غير المالك ليس بمتصور، وقيد التصرف بالتمليك احترازا عن تصرف هو إسقاط كالطلاق والعتاق. (عيني)

(٧) قوله: "وقد صدر من أهله" لأن التصرف كلام، والأهلية للكلام حقيقة بالتمييز، واعتباره شرعًا بالخطاب. (نهاية)

(٨) أي العاقل البالغ.

(٩) قوله: "في محله" فإن محل البيع المال المتقوم، وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا ينعدم المالية والتقوم، ألا ترى أنه لو باع بإذن المالك يجوز، وما ليس بمحل لا يصير محلا بالإذن، ولو باعه المالك بنفسه جاز، والمحلية لا تختلف بكون المتصرف مالكًا أو غير مالك. (نهاية)

(١٠) قوله: "فوجب القول إلخ" لأن الحكم عند تحقق المقتضى لا يمتنع إلا لمانع، والمانع منتف، لأن المانع هو الضرر، ولا ضرر فيه للمالك إلخ. فإن قيل: سلمنا وجود المقتضى لكن المانع ليس بمنحصرفي الضرر بل عدم الملك مانع شرعًا لقوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»، وكذلك العجز عن التسليم، ألا ترى أن بيع الآبق والطير في الهواء لا يجوز مع وجود الملك فيهما.

فالجواب: أن قوله: لا تبع نهى عن البيع المطلق، والمطلق ينصرف إلى الكامل، والكامل هو البيع البات، فلا اتصال له بموضع النزاع، والقدرة على التسليم بعد الإجازة ثابت. (ع)

(١١) أي كونه مخيرًا بين الإجازة والفسخ.

(١٢) المالك.

كلامه عن الإلغاء، وفيه نفع المشترى[١]، فثبت القدرة الشرعية[٢] تحصيلا لهذه الوجوه كيف[٣]؟ وإن[٤] الإذن ثابت[٥] دلالة، لأن العاقل يأذن في التصرف النافع.

قال[٦]: وله[٧] الإجازة إذا كان المعقود عليه باقيًا، والمتعاقدان[٨] بحالهما[٩]؛ لأن الإجازة تصرف[١٠] في العقد، فلا بد من قيامه، وذلك[١١] بقيام العاقدين والمعقود عليه. وإذا أجاز[١٢] المالك كان الثمن مملوكًا له[١٣] أمانة في يده[١٤] بمنزلة الوكيل[١٥]، لأن الإجازة[١٦] اللاحقة[١٧] بمنزلة[١٨] الوكالة[١٩] السابقة[٢٠]، وللفضولي[٢١] أن

---

(١٣) كفاه مؤنة كفاية كار گزارى كرد او را. (من)

(١٤) المشقة.

(١٥) وهو حقوق العقد، فإنها لا ترجع إلى المالك لمؤنة طلب الوكيل عند العجز. (ك)

(١٦) الفضولي.

(١) لأنه أقدم عليه طائعًا، ولو لم يكن فيه نفع، لما أقدم عليه. (ك)

(٢) قوله: "فثبت إلخ" جواب عن قول الشافعي رحمه الله: ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية، أي ثبت القدرة الشرعية، وهو التصرف الذى ينعقد به العقد تحصيلا لهذه الوجوه، أي لأجل تحصيل هذه الوجوه، وهي كفاية مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن ونفع العاقدين لصون كلامهما عن الإلغاء. (عيني)

(٣) أي كيف لا يكون العقد منعقدًا، جواب عن قول الشافعي رحمه الله: إن الولاية بالإذن، أو بالملك ولم يوجدا.

(٤) الواو حالية.

(٥) في حق الانعقاد.

(٦) أي القدورى. (عيني)

(٧) أي للمالك.

(٨) الفضولي والمشترى.

(٩) أي مع أهليتهما.

(١٠) من التوقف إلى النفاذ البات.

(١١) أي قيام العقد.

(١٢) البيع.

(١٣) المالك.

(١٤) الفضولي.

(١٥) فإن الوكيل بالبيع إذا قبض الثمن فهو أمانة في يده.

(١٦) أي في بيع الفضولي.

(١٧) أي بعد البيع.

(١٨) قوله: "بمنزلة إلخ" من حيث إن كل واحدة منهما تثبت الحكم، أو من حيث إن كل واحدة منهما رافعة للمانع. (ك)

يفسخ[١] قبل الإجازة[٢] دفعًا للحقوق[٣] عن نفسه، بخلاف الفضولي في النكاح[٤]، لأنه معبر محض[٥]. هذا[٦] إذا كان الثمن دينًا[٧]، فإن كان[٨] عرضًا معينًا إنما تصح الإجازة إذا كان العرض باقيًا أيضًا، ثم الإجازة إجازة نقد[٩]، لا إجازة عقد، حتى يكون العرض الثمن مملوكًا للفضولي، وعليه مثل المبيع إن كان مثليًا، أو قيمته إن لم يكن مثليًا[١٠]، لأنه شراء من وجه[١١]، والشراء لا يتوقف على الإجازة[١٢]. ولو هلك[١٣] المالك لا ينفذ[١٤] بإجازة الوارث[١٥] في الفصلين[١٦]،

---

(١٩) أي في البيع بالوكالة.

(٢٠) أي على البيع.

(٢١) في البيع.

(١) البيع.

(٢) أي إجازة المالك.

(٣) والضرر.

(٤) قوله: "بخلاف الفضولي في النكاح" حيث لا يجوز له أن يفسخه قبل إجازة الموقوف له، أو فسخه، لأن الحقوق لا ترجع إليه، لأنه معبر محض وسفير، فإذا عبر انتهى أمره، فصار بمنزلة الأجنبي، بخلاف الفضولي في البيع لأنه لا ينتهي أمره بالبيع؛ لما ذكرنا أن الحقوق ترجع إليه. (عيني)

(٥) قوله: "لأنه معبر محض" فليس له الفسخ بالقول، وله أن يفسخ بالفعل بأن زوج رجلا امرأة برضاها، فقبل إجازة الزوج زوجه أختها كان نقضًا للنكاح الأول. (ك)

(٦) أي اشتراط بقاء المعقود عليه والمتعاقدين.

(٧) قوله: "دينًا" كالدراهم والدنانير، والفلوس، والكيلي، والوزني الموصوف بغير عينه. (نهاية)

(٨) الثمن.

(٩) قوله: "ثم الإجازة إلخ" أي الإجازة فيما إذا كان الثمن عرضًا معينًا من المالك إجازة أن ينقد الفضولي الثمن من مال المالك لا إجازة عقد موقوف، فإن العقد في هذه الصورة وقع لازمًا على الفضولي، ونافذًا من غير إجازة المالك. (نهاية)

(١٠) البيع بالعرض.

(١١) قوله: "لأنه شراء إلخ" أي الثمن إذا كان عرضًا كان الفضولي مشتريًا بالعرض من وجه، والشراء لا يتوقف إذا وجد نفاذًا على العاقد، وههنا وجد نفاذًا على العاقد، لأن العاقد من أهله غير أنه صار نافذًا مال غيره بغير إذنه في عقده لنفسه، فإذا أجازه صاحبه كان مخيرًا للنقد. (ن)

(١٢) قوله: "والشراء إلخ" أي شراء الفضولي لا يتوقف على إجازة من اشترى له أي إذا وجد نفاذًا على العاقد، وأما لو لم يجد نفاذًا على العاقد فإنه يتوقف على إجازة من اشترى له كالصبي المحجور، والعبد المحجور إذا اشتريا لغيرهما وأضافا العقد إلى أنفسهما فإنه يتوقف على الإجازة. (ك)

(١٣) أي مات قبل الإجازة.

(١٤) البيع.

(١٥) بل ينفسخ.

لأنه توقف على إجازة المورث لنفسه[١]، فلا يجوز بإجازة غيره[٢]، ولو أجاز[٣] المالك فى حياته[٤]، ولا يعلم حال المبيع[٥] جاز البيع فى قول أبى يوسف رحمه الله أولا، وهو قول محمد رحمه الله، لأن الأصل بقاءه[٦]، ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال: لا يصح حتى يعلم قيامه[٧] عند الإجازة، لأن الشك[٨] وقع فى شرط الإجازة[٩]، فلا يثبت[١٠] مع الشك.

قال[١١]: ومن غصب عبداً[١٢]، فباعه[١٣]، وأعتقه المشترى، ثم أجاز المولى البيع[١٤] فالعتق جائز استحسانًا، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف رحمه الله، وقال محمد رحمه الله: لا يجوز[١٥]، لأنه لا عتق بدون الملك، قال عليه

---

(١٦) أى فيما إذا كان الثمن دينًا أو عرضًا. (ك)

(١) قوله: "لأنه توقف [بيع الفضولى] إلخ" فإن قيل: يشكل بالأمة إذا تزوجت بغير إذن مولاها، ثم مات المولى فإنه ينفذ بإجازة الوارث إذ لم يحل له وطءها. قلنا: الأمة تصرفت بأهليتها لأنها باقية على أصل الحرية فيما هو من خواص الآدمية، والنكاح من خواصها، وإنما يتوقف على إجازة المالك كيلا يتضرر المالك، والوارث مالك كالمورث، ولم يثبت له ملك بات ليبطل الملك الموقوف. (ك)

(٢) قوله: "فلا يجوز إلخ" لأن الإجازة عبارة عن اختيار العقد الذى باشره الفضولى والاختيار لا يحتمل النقل لأنه لا يتصور فى الأعراض. (عينى)

(٣) البيع.

(٤) ثم مات.

(٥) أباقٍ أم لا؟

(٦) المبيع.

(٧) المبيع.

(٨) قوله: "لأن الشك إلخ: فإن قيل: الشك هو ما استوى طرفاه، وههنا طرف البقاء راجح إذ الأصل البقاء ما لم يتيقن بالمزيل، وههنا لم يتيقن. أجيب: بأن الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة، ونحن ههنا نحتاج إلى ثبوت الملك فى المعقود عليه لمن وقع له الشراء، فلا يصلح فيه حجة. (ع)

(٩) وهو بقاء المبيع.

(١٠) الإجازة.

(١١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٢) قوله: "ومن غصب إلخ" قيل: جرت المحاورة فى هذه المسألة بين أبى يوسف ومحمد رحمه الله حين عرض عليه الكتاب، قال أبو يوسف: ما رويت لك عن أبى حنيفة أن العتق جائز، وإنما رويت أن العتق باطل، قال محمد رحمه الله: بل رويت أن العتق جائز. (ع)

(١٣) من رجل.

(١٤) السابق الموقوف.

(١٥) العتق قياسًا.

السلام[١]: «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم»*، والموقوف[٢] لا يفيد الملك[٣]، ولو ثبت في الآخرة[٤] يثبت مستنداً[٥]، وهو[٦] ثابت من وجه دون وجه، والمصحح للإعتاق الملك الكامل[٧] لما روينا[٨]، ولهذا[٩] لا يصح أن يعتق الغاصب[١٠]، ثم يؤدي الضمان، ولا[١١] أن يعتق المشتري[١٢] والخيار[١٣] للبائع، ثم يخير البائع ذلك[١٤]، وكذا لا يصح بيع المشتري[١٥] من الغاصب فيما نحن فيه مع أنه[١٦] أسرع[١٧] نفاذًا، حتى نفذ[١٨] من الغاصب إذا أدى[١٩] الضمان، وكذا لا يصح[٢٠] إعتاق

---

(١) قوله: "قال عليه السلام إلخ" أخرجه الترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك»، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٤، والدراية ج٢ تحت الحديث ٧٩٨ في بدء باب الاستحقاق وباب السلم ص١٥٨. (نعيم)

(٢) أي البيع الموقوف نفاذه على إجازة المالك.

(٣) في الحال.

(٤) بفتحتين مرادف آخر أي حين إجازة المالك. (م)

(٥) إلى السبب السابق وهو بيع الغاصب.

(٦) أي الملك الثابت بطريق الاستناد.

(٧) قوله: "الملك الكامل" ولا يشكل بالمكاتب فإن إعتاقه جائز، وليس الملك فيه كاملا، لأن محل العتق هو الرقبة والملك فيهما كامل فيه. (ع)

(٨) قوله: "لما روينا [من الحديث]" من النص المطلق، والمطلق ينصرف إلى الكامل. (مل)

(٩) أي الضرورة الملك الكامل للعتق.

(١٠) قوله: "لايصح أن يعتق [عبدًا] إلخ" يعني أن الغاصب لو أعتق ثم ضمن القيمة لم ينفذ عتقه مع أن الملك الثابت له بالضمان أقوى من الملك الثابت للمشتري ههنا حتى ينفذ بيعه، ولا ينفذ بيع المشتري منه، ثم لم ينفذ عتقه عند أداء الضمان، فأولى أن لا ينفذ عتق من تلقى الملك من جانبه. (ك)

(١١) لا يصح.

(١٢) قوله: "ولا أن يعتق إلخ" بل هذا أولى، فإن البيع بشرط الخيار أقوى من البيع الموقوف. (مل)

(١٣) الواو حالية.

(١٤) البيع.

(١٥) قوله: "وكذا لا يصح إلخ" أي المشتري من الغاصب إذا باع من الغير ثم أجاز المالك البيع الأول لا يصح هذا البيع الثاني، فكذلك إذا أعتق ينبغي أن يكون كذلك مع أن البيع أسرع نفاذًا من العتق، ألا ترى أن الغاصب إذا باع، ثم أدى الضمان نفذ بيعه، ولو أعتق، ثم ضمن لم ينفذ عتقه، فإذا لم يصح ما هو أسرع نفاذًا، فلأن لا ينفذ غيره أولى. (ع)

(١٦) البيع.

(١٧) من العتق.

المشترى من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان.

ولهما: أن الملك[١] ثبت موقوفًا[٢] بتصرف مطلق[٣] موضوع لإفادة الملك[٤]، ولا ضرر فيه على ما مر[٥]، فيتوقف الإعتاق مرتبًا عليه، وينفذ[٦] بنفاذه[٧]، وصار[٨] كإعتاق المشترى من الراهن[٩]، وكإعتاق الوارث عبدًا من التركة، و[١٠]هى[١١] مستغرقة بالديون يصح وينفذ إذا قضى[١٢] الديون بعد ذلك[١٣] بخلاف[١٤] إعتاق الغاصب بنفسه[١٥]، لأن الغصب[١٦] غير موضوع لإفادة الملك، وبخلاف ما إذا كان فى البيع[١٧] خيار للبائع، لأنه[١٨] ليس بمطلق، وقران الشرط[١٩]

---

(١٨) البيع.

(١٩) الغاصب.

(٢٠) فينبغى أن لا يصح إعتاق المشترى من الغاصب فى فصل الإجازة أيضًا.

(١) أى ملك المشترى من الغاصب.

(٢) أى على إجازة المالك.

(٣) احتراز عن البيع بشرط الخيار. (ك)

(٤) قوله: "موضوع إلخ" احتراز عن الغصب لأن الغصب ليس بموضوع لإفادة الملك. (ك)

(٥) إشارة إلى قوله: ولنا أنه تصرف تمليك إلخ.

(٦) الإعتاق.

(٧) بإجازة المالك.

(٨) أى إعتاق المشترى من الغاصب.

(٩) قوله: "كإعتاق إلخ" أى اشتراه من الراهن بلا إجازة المرتهن، فأعتقه، ثم أجازه المرتهن ينفذ العتق. كذا ههنا، والجامع إعتاق فى بيع موقوف. (مل)

(١٠) الواو حالية.

(١١) أى التركة.

(١٢) الوارث.

(١٣) الإعتاق.

(١٤) شروع فى الجواب عن المسائل المذكورة لمحمد رحمه الله.

(١٥) قوله: "إعتاق إلخ" يعنى أن الغاصب أعتق، ثم ضمن القيمة لا ينفذ عتقه، لأن الغصب إلخ. (مل)

(١٦) قوله: "لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك" لكونه عدوانًا محضًا، وإنما يثبت الملك به ضرورة عند أداء الضمان كيلا يجتمع فى ملك واحد بدلان، فلم يكن الغصب فى الحال سبب الملك ليتوقف الملك، ويتوقف العتق حكمًا له بل هو بمعرض أن يصير سببا عند أداء الضمان، والعتق وجد قبله. (ك)

(١٧) قوله: "وبخلاف إلخ" جواب عن المسألة الثانية، فإن البيع بالخيار ليس بمطلق، فالسبب فيه غير تام، فإن قوله: على أنى بالخيار مقرون بالعقد، فصار قران الشرط بالعقد يمنع كونه سببًا قبل وجود الشرط، فينعقد به أصل العقد، ولكن يكون فى حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم قبله. (ع)

به[١] يمنع انعقاده[٢] في حق الحكم[٣] أصلا، وبخلاف المشترى[٤] من الغاصب إذا باع، لأن بالإجازة[٥] يثبت للبائع ملك بات[٦]، فإذا طرأ على ملك موقوف[٧] لغيره أبطله[٨]، وأما[٩] إذا أدى الغاصب الضمان ينفذ إعتاق المشترى منه[١٠]، كذا ذكره هلال رحمه الله[١١]، وهو الأصح[١٢].

قال[١٣]: فإن قطعت[١٤] يد العبد، فأخذ[١٥] أرشها[١٦]، ثم أجاز[١٧] البيع

(١٨) أى لأن هذا البيع.

(١٩) أى شرط الخيار.

(١) أى بهذا البيع.

(٢) قوله: "يمنع انعقاده إلخ" فكان الملك معدومًا لوجود الخيار المانع منه، فلم يصادف الإعتاق محلا مملوكًا للمشترى، فيلغو، وههنا البيع مطلق، والأصل فى الأسباب المطلقة أن تعمل فى حق الحكم بلا تراخ، والتراخى إنما ثبت ههنا لضرورة دفع الضرر، ولا ضرر فى توقف الملك والإعتاق، فوجب القول بإظهار السبب فى حقه، ونعنى بتوقف الملك أنه موجود فى حق الأحكام التى لا يتضرر المالك بها، وغير موجود فى حق الأحكام التى يتضرر المالك بها. (ك)

(٣) أى الملك.

(٤) جواب عن المسألة الثالثة. (عناية)

(٥) قوله: "لأن بالإجازة" أى وإجازة البيع الأول يثبت للبائع، وهو المشترى من الغاصب ملك بات، أى من كل وجه، فإذا طرأ، أى الملك البات على ملك موقوف لغيره، أى لغير المشترى من الغاصب، وهو المشترى من الغاصب أبطله، أى أبطل الملك الموقوف لغيره، لأنه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف فى محل واحد، والبيع بعد ما بطل لا يلحقه الإجازة. (عينى)

(٦) مستقل قطعى، باتّ: منقطع، ومنه طلاق باتّ، وبيع باتّ. (من)

(٧) قوله: "فإذا طرأ [أى الملك البات] إلخ" فإن قيل يشكل على هذا الأصل ما إذا باع الغاصب، ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزًا، وإن طرأ الملك البات الذى يثبت الغاصب بأداء الضمان على الملك المشترى الذى اشترى منه، وهو موقوف. قلنا: إن ثبوت الملك للغاصب ضرورى، لأن الملك يثبت له ضرورة وجوب الضمان عليه، فلم يظهر فى حق إبطال ملك المشترى. (ك)

(٨) أى أبطل الملك البات الملك الموقوف.

(٩) جواب عن المسألة الرابعة.

(١٠) الغاصب.

(١١) قوله: "كذا ذكره هلال رحمه الله" أى فى كتاب الوقف، فقال: ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان، فالعتق أولى، وبعد التسليم هناك يملك المشترى من جهة الغاصب، والمستند للغاصب حكم الملك لا حقيقته، ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة، وحكم الملك يكفى لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب فى كسبه، ولهذا لم ينفذ إعتاق الغاصب، فكذا إعتاق من تلقى الملك من جهته، وههنا إنما يستند الملك له إلى وقت العقد من جهة المجيز، والمجيز كان مالكًا له حقيقة، فيمكن إثبات حقيقة الملك للمشترى من وقت العقد، فلهذا نفذ عتقه. (ك)

(١٢) قوله: "وهو الأصح" لأن ملك المشترى يثبت بسبب مطلق وهو الشراء، فاحتمل العتق عند الإجازة بخلاف الغاصب، لأنه ملك بالغصب، وهو سبب ضرورى لا مطلق، فكان الملك ناقصًا كملك المكاتب. (مل)

فالأرش للمشترى؛ لأن الملك[١] تم[٢] له[٣] من وقت الشراء، فتبين[٤] أن القطع[٥] حصل على ملكه، وهذه[٦] حجة على محمد رحمه الله، والعذر له[٧] أن الملك من وجه يكفى لاستحقاق الأرش كالمكاتب إذا قطعت يده، وأخذ[٨] الأرش، ثم رد[٩] فى الرق يكون الأرش للمولى، وكذا إذا قطعت يد المشترى فى يد المشترى والخيار للبائع، ثم أجيز البيع فالأرش للمشترى[١٠]، بخلاف الإعتاق[١١] على ما مر[١٢]، ويتصدق[١٣] بما زاد[١٤] على نصف الثمن، لأنه[١٥] لم يدخل فى ضمانه[١٦] أو فيه شبهة

---

(١٣) أى محمد. (عينى)

(١٤) أى فى يد المشترى من الغاصب.

(١٥) أى المشترى من الغاصب.

(١٦) يد، أرش -بالفتح- ديت جراحت. (م)

(١٧) المولى.

(١) للمشترى.

(٢) بالإجازة.

(٣) قوله: "تم له [أى للمشترى] إلخ" فإن سبب الملك وهو البيع كان تامًا فى نفسه، ولكن امتنع ثبوت الملك لمانع، وهو حق المغصوب منه، فإذا ارتفع يثبت من وقت السبب، لأن الإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء. (نهاية)

(٤) بالاستناد. (ن)

(٥) أى قطع اليد.

(٦) قوله: "وهذه" أى المسألة، أى كون الأرش على المشترى حجة على محمد رحمه الله فى عدم تجويز الإعتاق فى الملك الموقوف لما أنه لو لم يكن للمشترى شيء من الملك لما كان له الأرش عند الإجازة كما فى الغصب حيث لا يكون له ذلك عند أداء الضمان. (ع)

(٧) أى الجواب لمحمد رحمه الله عن هذه الحجة أن إلخ.

(٨) المولى.

(٩) بالعجز عن المال.

(١٠) لثبوت الملك من وجه. (ع)

(١١) قوله: "بخلاف إلخ" متعلق بقوله: أن الملك من وجه يكفى لاستحقاق الإرث، يعنى أن إعتاق المشترى من الغاصب بعد الإجازة لا يصح. (ع)

(١٢) من أن المصحح للإعتاق هو الملك الكامل. (ع)

(١٣) المشترى من الغاصب.

(١٤) من الأرش. (ك)

(١٥) العبد.

(١٦) قوله: "لأنه لم يدخل فى ضمانه [مشترى]" أى إن كان القطع قبل القبض، لأن المبيع إذا لم يكن مقبوض المشترى لا يكون فى ضمانه، فيكون ربح ما لم يضمن. (ك)

عدم الملك[١].

قال[٢]: فإن باعه المشترى[٣] من آخر، ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثانى لما ذكرنا[٤]، ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة فى البيع الأول[٥]، والبيع يفسد به[٦]، بخلاف الإعتاق[٧] عندهما[٨]، لأنه لا يؤثر فيه الغرر[٩]. قال[١٠]: فإن لم يبعه المشترى[١١]، فمات فى يده أو قتل، ثم أجاز[١٢] البيع[١٣] لم يجز لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه، وقد فات[١٤] بالموت، وكذا بالقتل إذ لا يمكن[١٥] إيجاب البدل[١٦] للمشترى بالقتل حتى يعد باقيًا

---

(١) قوله: "أو فيه شبهة عدم الملك" أى إذا كان القطع بعد القبض، لأن الملك غير موجود حقيقة وقت القطع، وإنما يثبت بطريق الاستناد، وكان ثابتًا من وجه دون وجه، فلا يطيب له الربح الحاصل به. (كفاية)

(٢) أى محمد. (عينى)

(٣) من الغاصب.

(٤) قوله: "لما ذكرنا" من أن الملك البات إذا طرأ على ملك موقوف أبطله كما لو اشتراه الغاصب أو اتّهبه يبطل بيعه، بخلاف ما لو أدى الضمان بعد البيع حيث نفذ بيعه، لأن بأداء الضمان يثبت الملك من وقت الغصب فلا يكون طارئًا. (ك)

(٥) قوله: "ولأن فيه [أى فى البيع الثانى] غرر الانفساخ" إذ نفاذ هذا البيع يتعلق بنفاذ الأول، ونفاذ الأول معلق بإجازة المالك، وهو ربما يجيز العقد الأول، وربما لا يجيز، فإن أجاز نفذ العقد الثانى، وإلا لا ينفذ، فيتعلق نفاذه بما فيه خطر، فيمتنع الجواز.

(٦) قوله: "والبيع يفسد به إلخ" فإن قيل: فى البيع الأول أيضًا غرر الانفساخ، ومع هذا ينعقد جائزًا، قلت: فيه غرر الفسخ دون الإنفساخ، والمفسد غرر الانفساخ دون الفسخ، فإن البيع بشرط الخيار جائز مع غرر الفسخ. (مل)

(٧) حيث ينفذ إعتاق المشترى من الغاصب بعد الإجازة.

(٨) الشيخين.

(٩) قوله: "لا يؤثر فيه [أى فى الإعتاق] الغرر" ولهذا يجوز إعتاق المبيع قبل القبض، وبيعه لا يجوز، لأن فيه غرر الانفساخ على احتمال هلاك المبيع قبل القبض. (ك)

(١٠) قوله: "قال" أى المصنف، فإن محمدا لم يذكر هذه المسألة فى "الجامع الصغير"، وإنما ذكرها شراحه، فأورده المصنف تبعًا لهم على سبيل التفريع. (عينى)

(١١) من الغاصب. (عناية)

(١٢) المالك.

(١٣) أى بيع الغاصب. (عناية)

(١٤) المعقود عليه.

(١٥) أى يمتنع.

(١٦) القيمة.

ببقاء البدل، لأنه لا ملك للمشترى [١] عند القتل ملكًا يقابل بالبدل، فيتحقق الفوات، بخلاف البيع الصحيح [٢]، لأن ملك المشترى ثابت، فأمكن إيجاب البدل [٣] له [٤]، فيكون المبيع [٥] قائمًا بقيام خلفه [٦].

قال [٧]: ومن باع عبد غيره بغير أمره [٨]، وأقام المشترى البينة على إقرار البائع، أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع، وأراد [٩] ردّ البيع لم تقبل بينته للتناقض فى الدعوى، إذ الإقدام على الشراء إقرار منه [١٠] بصحته [١١]، والبينة مبنية على صحة الدعوى. وإن أقر البائع بذلك [١٢] عند القاضى [١٣] بطل البيع إن طلب المشترى ذلك [١٤]، لأن التناقض [١٥] لا يمنع صحة الإقرار [١٦]، فللمشترى أن يساعده [١٧] على ذلك [١٨]، فيتحقق الإنفاق بينهما [١٩]، فلهذا شرط طلب [٢٠] المشترى [٢١].

---

(١) لأن ملكه ملك موقوف. (ع)

(٢) ففى البيع الصحيح إذا قتل العبد قبل القبض يمكن إيجاب البدل للمشترى.

(٣) القيمة.

(٤) أى للمشترى.

(٥) قوله: "فيكون المبيع إلخ" يعنى إذا قتل المبيع فى يد البائع كان البيع باقيًا على بدله، وهو قيمته، ويخير المشترى، فيكون البدل للمشترى على تقدير الإجازة. (ن)

(٦) هو القيمة. (ع)

(٧) أى محمد. (عينى)

(٨) أى قال المشترى: أرد البيع لأنك، بعتنى بغير أمر صاحبه، فأقام إلخ.

(٩) المشترى.

(١٠) أى من المشترى.

(١١) قوله: "بصحته [بأن البائع مأذون]" ثم دعواه بعد ذلك أنه باع بغير أمره دليل على عدم صحة الشراء. (عناية)

قوله: "بصحته" أى بأن الشراء صحيح، وأن المبيع ملك البائع.

(١٢) أى بعدم أمر رب العبد. (ن)

(١٣) قوله: "عند القاضى" إنما قيد بقوله: عند القاضى، لأن إقراره إنما يثبت عند القاضى إذا أقر عنده، لأنه لا يسمع البينة عليه للتناقض فى الدعوى. (ك)

(١٤) أى بطلان البيع.

(١٥) فى الدعوى.

(١٦) من المدعى عليه؛ لأن الإقرار حجة قاصرة لا تتعدى إلى الغير.

(١٧) البائع.

(١٨) الإقرار.

قال[1]: وذكر فى "الزيادات"[2]: أن المشترى إذا صدق مدعيه[3]، ثم أقام البينة على إقرار البائع أنه[4] للمستحق تقبل[5]، وفرقوا[6] أن العبد فى هذه المسألة[7] فى يد المشترى[8]، وفى تلك المسألة[9] فى يد غيره[10]، وهو المستحق، وشرط الرجوع بالثمن أن لا يكون العين سالمًا للمشترى.

قال[11]: ومن[12] باع دار الرجل[13]، وأدخلها[14] المشترى فى بناءه لم يضمن[15] البائع[16] عند أبى حنيفة رحمه الله، وهو قول أبى يوسف رحمه الله

(١٩) بين البائع والمشترى.

(٢٠) أى للرد.

(٢١) حتى يكون نقضًا باتفاقهما.

(١) أى المصنف.

(٢) فى الباب الثالث من الكتاب، على ترتيب محمد رحمه الله. (مل)

(٣) قوله: "إذا صدق إلخ" أى ادعى رجل على المشترى بأن ذلك العبد له، وصدقه المشترى فى ذلك، ثم أقام على البائع البينة أنه أقر أن المبيع للمستحق تقبل وإن كان متناقضًا فى دعواه. (نهاية)

(٤) المبيع.

(٥) البينة.

(٦) قوله: "وفرقوا [أى المشايخ بين روايتى الكتاب و "الزيادات"] إلخ" قيل: فى هذا الفرق نظر لأن وضع المسألة فى الزيادات أيضًا فى أن العبد فى يد المشترى، ولئن سلمنا أنه فى يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقض المبطل للدعوى. ويجاب عنه بأن المشترى غير متناقض من كل وجه، لأنه لا ينكر العقد أصلا، ولا ملك الثمن للبائع، فإن بيع مال الغير منعقد، وبدل المستحق مملوك، وإنما ينكر وصف العقد، وهو الصحة، واللزوم بعد الإقرار به من حيث الظاهر، فكان متناقضا من وجه دون وجه، فجعلناه متناقضا فى الفصل الأول، لأنه لا يفيد فائدة الرجوع دون الفصل الثانى، لأنه يفيد فائدة الرجوع بالثمن بعدم سلامته، لكونه فى يد غيره، فكان ذلك عملا بالشبهين بقدر الإمكان، فصرنا إليه. (عناية)

(٧) أى مسألة "الجامع الصغير" وهى مسألة الكتاب.

(٨) قوله: "فى يد المشترى" فيكون العبد سالمًا له، فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له إذ شرط الرجوع بالثمن عدمها. (نهاية)

(٩) أى مسألة "الزيادات".

(١٠) قوله: "فى يد غيره" فلا يكون المبيع سالمًا للمشترى، فيثبت له حق الرجوع، لأنه وجد شرطه. (ن)

(١١) أى محمد. (عينى)

(١٢) قوله: "ومن باع إلخ" معنى المسألة: إذا باعها، ثم اعترف بالغصب، وكذبه المشترى إذ لو صدقه يؤمر بقطع البناء. (مل)

(١٣) بغير أمره. (ع)

(١٤) قوله: "وأدخلها إلخ" قيل: يعنى قبضها، وإنما قيد بالإدخال فى البناء اتفاقًا. (ع)

(١٥) أى قيمة الدار.

آخرًا، وكان يقول[1] أولا: يضمن البائع، وهو قول محمد رحمه الله، وهى مسألة غصب العقار، وسنبينه فى الغصب إن شاء الله تعالى، والله أعلم بالصواب.

باب السلم[2]

السلم عقد مشروع بالكتاب، وهو آية المداينة[3]، فقد قال ابن عباس[4]: أشهد أن الله تعالى أحل السلف[5] المضمون[6]، وأنزل[7] فيها[8] أطول آية فى كتابه*، وتلا قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم[9] بدين إلى أجل مسمّى[10] فاكتبوه﴾ الآية. وبالسنة، وهو ما روى**: «أنه عليه السلام نهى عن بيع[11] ما ليس عند الإنسان[12]»، ورخص[13] فى السلم، والقياس وإن[14] كان

---

(١٦) للمالك.

(١) أبو يوسف رحمه الله.

(٢) قوله: "باب السلم" لما فرغ من أنواع البيع التى لا يشترط فيها قبض العوضين، أو أحدهما شرع فى بيان ما يشترط فيه ذلك، وقدم السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض أحد العوضين، فهو بمنزلة المفرد من المركب، وهو فى اللغة عبارة عن نوع بيع يتعجل فيه الثمن، وفى اصطلاح الفقهاء قيل: هو أخذ عاجل بآجل، ورد بأن السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى، وليس بسلم، ولو قيل: بيع آجل بعاجل لاندفع الرد. وركنه: الإيجاب والقبول، بأن يقول رب السلم لآخر: أسلمت إليك عشرة دراهم فى كر حنطة، فقال الآخر: قبلت، ويصح بلفظ البيع بأن يقول: اشتريت منك كر بر صفته كذا بكذا إلى كذا على أن توفيه فى مكان كذا، ويسمى المشترى رب السلم، والآخر المسلم إليه، والحنطة المسلم فيه والثمن رأس المال، ولو صدر الإيجاب من المسلم إليه، والقبول من رب السلم صح. (مل)

(٣) يقال: داينت الرجل إذا عاملته بدين معطيًا أو آخذًا.

(٤) قوله: "فقد قال ابن عباس: أشهد إلخ" رواه الحاكم فى "المستدرك" فى تفسير سورة البقرة عن ابن عباس قال: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحل الله له فى الكتاب، وأذن فيه، قال الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين﴾، الآية، وقال: حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه، انتهى. (ت)

(٥) قيل: السلم والسلف بمعنى. (ك)

(٦) قوله: "السلف المضمون" أى السلم الموجب فى الذمة، وقوله: المضمون صفة مقررة لما أن المسلم فيه يجب فى ذمة المسلم إليه لا محالة. (نهاية)

(٧) الله.

(٨) أى فى السلف على تأويل المداينة. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٤، والدراية ج٢، الحديث ٧٩٩ ص١٥٨. (نعيم)

(٩) أى إذا تعاطيتم. (ع)

(١٠) معلوم.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٤٥، والدراية ج٢، الحديث ٨٠٠ ص١٥٩. (نعيم)

(١١) قوله: "نهى عن بيع إلخ" قلت غريب بهذا اللفظ، وقوله: رخص السلم هو من تمام الحديث لا من

يأباه[1]، ولكنا تركناه[2] بما رويناه[3]، ووجه القياس أنه بيع المعدوم[4]، إذ المبيع هو المسلم فيه. قال[5]: وهو جائز فى المكيلات والموزونات؛ لقوله عليه السلام: «من أسلم[6] منكم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»*، والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير[7]، لأنهما أثمان، والمسلم فيه لا بد[8] أن يكون مثمنًا[9]، فلا يصح السلم فيهما[10]، ثم قيل[11]: يكون باطلا، وقيل: ينعقد بيعًا بثمن مؤجل[12]، تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الإمكان[13]، والعبرة فى العقود

كلام المصنف، والذى يظهر أن هذا حديث مركب فحديث النهى عن بيع ما ليس عند الإنسان أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك»، انتهى، قال الترمذى: حديث حسن صحيح. وأما الرخصة فى السلم فأخرج البخارى عن عبد الله بن أبى أوفى قال: إنا كنا لنسلف على عهد رسول الله ﷺ، وأبى بكر وعمر رضى الله عنهما فى الحنطة والشعير والتمر والزبيب. (ت)

(١٢) أى ليس فى ملكه.

(١٣) النبى ﷺ.

(١٤) الواو وصلية.

(١) الجواز.

(٢) القياس.

(٣) من الحديث.

(٤) قوله: "أنه بيع المعدوم إلخ" أى المسلم فيه مبيع، وهو معدوم وبيع موجود غير مملوك، أو مملوك غير مقدور التسليم لا يصح، فبيع المعدوم أحق. (ك)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "من أسلم" قلت: أخرجه الأئمة الستة فى كتبهم عن أبى المنهال قال: سمعت ابن عباس يقول: قدم رسول الله ﷺ المدينة وهم يسلفون فى الثمار السنة والسنتين، والثلاث، فقال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من أسلف فى ثمر فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٦، والدراية ج٢، الحديث ٨٠١ ص١٥٩. (نعيم)

(٧) كالحديد.

(٨) لأنه مبيع.

(٩) مبيعًا يتعين بالتعيين.

(١٠) صورته أن يسلم عشرة أذرع من الكرباس وغيره فى عشرة دراهم أو دنانير.

(١١) قال عيسى بن أبان. (نهاية)

(١٢) قوله: "وقيل [قال أبو بكر الأعمش. نهاية]: ينعقد إلخ" هذا الاختلاف فيما إذا أسلم حنطة أو غيرها من العروض فى الدراهم والدنانير ليمكن أن يجعل بيع الحنطة بدراهم مؤجلة بناءً على أنهما قصدًا مبادلة الحنطة بالدراهم، وأما إذا كان كلاهما من الأثمان، فإنه لا يجوز بالإجماع لأنها لا تكون مثمنًا. (ع)

(١٣) وهو واجب بقدر الإمكان. (نهاية)

للمعانى[١]، والأول أصح، لأن التصحيح[٢] إنما يجب فى محل[٣] أوجبا[٤] العقد فيه، ولا يمكن ذلك[٥]. قال[٦]: وكذا فى المذروعات[٧]، لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع[٨]، والصفة[٩] والصنعة[١٠] ولا بد منها[١١] لترتفع[١٢] الجهالة، فيتحقق شرط صحة السلم، وكذا[١٣] فى المعدودات التى لا تتفاوت كالجوز والبيض[١٤]، لأن العددى المتقارب[١٥] معلوم[١٦] مضبوط الوصف مقدور التسليم، فيجوز السلم فيه، والصغير والكبير سواء[١٧] باصطلاح الناس[١٨] على إهدار التفاوت، بخلاف البطيخ والرمان، لأنه يتفاوت آحاده تفاوتًا فاحشًا[١٩]، وبتفاوت الآحاد[٢٠] فى المالية يعرف

---

(١) لا للألفاظ.

(٢) أى تصحيح العقد.

(٣) أى الدراهم والدنانير.

(٤) أى المتعاقدان.

(٥) قوله: "ولا يمكن ذلك" لأن الدراهم والدنانير قط لا تكونان بيعًا، لأنهما خلقتا ثمنًا، والمسلم فيه مبيع.(ب)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "وكذا [يجوز السلم] فى المذروعات [وهى الثياب والحصر والبوارى. ن] إلخ" فإن قيل: ينبغى أن لا يجوز السلم فى المذروعات، لأن السلم يثبت بخلاف القياس، لأنه بيع المعدوم والنص ورد فى الكيلى والوزنى، وهو قوله عليه السلام: «من أسلم منكم» الحديث.
قلنا: يلحق المذروعات بهما بدلالة النص لما أن قوله عليه السلام: «فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم». إنما اقتضى الجواز فى المكيل والموزون باعتبار إمكان التسوية فى التسليم على ما وصف فى المسلم فيه والتسوية كما يتحقق بالكيل، كذلك يتحقق بالذرع، فيجوز السلم فى المذروعات بطريق الدلالة. (ك)

(٨) طولا وعرضًا.

(٩) جيد أو ردىء.

(١٠) من الغلظة والرقة.

(١١) أى من هذه المذكورات وهى ذكر الأذرع والصفة والصنعة. (ن)

(١٢) والتفاوت اليسير بعده غير معتبر لأنها لا تفضى إلى المنازعة.

(١٣) يجوز السلم.

(١٤) بالفتح: تخمهاى مرغ جمع بيضة.

(١٥) هو ما لا يتفاوت آحاده بالقيمة ويضمن بالمثل.

(١٦) أى قدرًا.

(١٧) أى بعد أن كانا من جنس واحد.

(١٨) فإنك لا ترى جوزة بفلسين وجوزة بفلس.

(١٩) فإنك ترى بطيخًا بدرهم وبطّيخًا بدرهمين.

(٢٠) للعددى.

العددى المتفاوت[١]، وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز[٢] فى بيض النعامة[٣]، لأنه يتفاوت آحاده فى المالية. ثم كما يجوز السلم فيها عدداً[٤] يجوز كيلا، وقال زفر رحمه الله: لا يجوز كيلا، لأنه عددى، وليس بمكيل، وعنه أنه لا يجوز عدداً أيضًا للتفاوت[٥]. ولنا: أن المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل، وإنما صار معدوداً بالاصطلاح، فيصير مكيلا باصطلاحهما[٦]، وكذا[٧] فى الفلوس عدداً، وقيل: هذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله[٨]، وعند محمد رحمه الله لا يجوز، لأنها أثمان[٩]. ولهما: أن الثمنية فى حقهما[١٠] باصطلاحهما[١١]، فيبطل[١٢] باصطلاحهما، ولا تعود وزنيا[١٣]، وقد ذكرناه من قبل[١٤].

---

(١) كالبطيخ والرمان.

(٢) السلم.

(٣) شتر مرغ.

(٤) أى فى المعدودات المتقاربة.

(٥) فى الآحاد. (ع)

(٦) العاقدين.

(٧) يصح السلم.

(٨) قوله: "وقيل: هذا [الجواز] إلخ" هذا الخلاف مبنى على الخلاف فى بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما، ومن المشايخ من قال: جواز السلم فى الفلوس قول الكل، وهذا القائل يفرق لمحمد رحمه الله بين السلم والبيع، والفرق أن من ضرورة جواز السلم كون المسلم فيه مبيعاً، وإقدامهما على السلم تضمن إبطال الاصطلاح فى حقهما فعاد ثمنًا، أما ليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثمنًا، فإن بيع الأثمان كبيع الدراهم بالدراهم، وبيع الدينار بالدنانير جائز، فلا يتضمن إقدامهما على البيع إبطالا لذلك الاصطلاح فى حقهما، فبقى ثمنًا كما كان، فلا يجوز بيع الواحد بالاثنين. (ك).

قوله: "وقيل: هذا" أى ذكر هذه المسألة فى "الجامع الصغير" مطلقًا من غير ذكر خلاف لأحد، وقيل: هذا إلخ. (عناية)

(٩) قوله: "لأنها [أى الفلوس] أثمان" ولا يجوز السلم فى الأثمان بالإجماع كما لو أسلم فى الدنانير والدراهم. (ن)

(١٠) العاقدين.

(١١) إذ لا ولاية للغير عليهما.

(١٢) فإذا بطلت الثمنية صارت مثمنًا يتعين بالتعيين، فجاز السلم. (عناية)

(١٣) قوله: "ولا تعود [أى فلوس أى بعد بطلان الثمنية] وزنيًا إلخ" جواب إشكال، وهوأن يقال: إذا خرج فى حقهما عن أن يكون ثمنًا كان هذا بيع قطعة صفر بقطعتين من صفر، وذا لا يجوز، فلم يكن فى إبطال وصف الثمنية تصحيح هذا العقد. قلنا: هما أعرضا عن اعتبار الثمنية فيها لا عن اعتبار صفة العد، وليس من ضرورة خروجها عن أن تكون ثمنًا فى حقهما خروجها عن أن تكون عددية، فهو عددى، وليس بثمن ولا بوزنى. (مل)

ولا يجوز السلم في الحيوان، وقال الشافعي رحمه الله: يجوز، لأنه[١] يصير معلومًا ببيان الجنس[٢] والسن[٣]، والنوع[٤]، والصفة[٥]، والتفاوت بعد ذلك[٦] يسير، فأشبه الثياب[٧]. ولنا: أن بعد ذكر ما ذكر[٨] يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة[٩]، فيفضي إلى المنازعة[١٠]، بخلاف الثياب[١١]، لأنه[١٢] مصنوع للعباد، فقلما يتفاوت الثوبان[١٣] إذا نسجا[١٤] على منوال[١٥] واحد، وقد صح[١٦] أن النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان[١٧]*، ويدخل فيه جميع

---

(١٤) في باب الربا.

(١) الحيوان.

(٢) نحو الإبل. (نهاية)

(٣) نحو الجذع والثني. (ن)

(٤) كالبختي والعربي. (ن)

(٥) كالسمين والهزال. (ن)

(٦) البيان.

(٧) قوله: "فأشبه الثياب" فإن فيها بعد ذكر الذرع والصفة والنوع لا يبقى إلا تفاوت يسير، فيجوز السلم فيها، كذا ههنا. (مل)

(٨) من بيان الجنس والسن والنوع والصفة.

(٩) قوله: "باعتبار المعنى الباطنة" كالصباحة، والملاحة والفصاحة، والخلق، والحسن، والذهن، والكياسة، فإنك ترى عبدين متفقين في الأوصاف المذكورة من الجنس والسن والصفة، ومع ذلك يساوي أحدهما ألفًا، والآخر ألفين، وقد يكون فرسان متساويين في الأوصاف المذكورة، ومع ذلك يزيد ثمن أحدهما زيادة فاحشة. (مل)

(١٠) المنافية لوضع الأسباب. (ع)

(١١) جواب عن قياس الشافعي.

(١٢) الثوب.

(١٣) قوله: "فقلما يتفاوت إلخ" فإذا اتحد الصانع والآلة اتحدا، لأن العبد إنما يصنع بالآلة ولا يتفاوت في المالية إلا قليلا، ولا يعتبر بذلك القدر، والحيوان صنع الله تعالى، وذلك يكون على ما يريده تعالى، فقد كان على وجه لا يوجد له نظير، وفي مثله لا يجوز السلم بالاتفاق. (عيني)

(١٤) بافتة شوند.

(١٥) قوله: "على منوال [هو في الأصل الخشب الذي يلف عليه الحائك الثوب. مل]" منوال - بالكسر- چوبيكه پارچه را وقت بافتن بران پيچند. (م)

(١٦) قوله: "وقد صح إلخ" قلت: أخرجه الحاكم في "المستدرك"، والدارقطني في "سننه" عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن السلف في الحيوان، انتهى، قال الحاكم: حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه، انتهى. (ت)

أجناسه[١] حتى العصافير[٢]. قال[٣]: ولا في أطرافه كالرؤوس والأكارع[٤]، للتفاوت فيها[٥]، إذ هو[٦] عددي متفاوت[٧] لا مقدر لها.

قال[٨]: ولا في الجلود[٩] عدداً[١٠]، ولا في الحطب[١١] حزماً[١٢]، ولا في الرطبة[١٣] جرزاً[١٤] للتفاوت، إلا إذا عرف ذلك بأن يبين له[١٥] طول ما يشد به الحزمة أنه شبر، أو ذراع، فحينئذٍ يجوز إذا كان على وجه لا يتفاوت[١٦].

(١٧) معلوماً أو كان غير معلوم.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٦، والدراية ج٢، الحديث ٨٠٢ ص١٥٩. (نعيم)

(١) قوله: "ويدخل فيه [أي في قوله: في الحيوان] إلخ" جواب سؤال، بأن يقال: السلم في الحيوان إنما لا يصح لتفاوت يعتبره الناس فيه، والتفاوت في العصافير غير معتبر بينهم، فينبغي أن يصح السلم فيها، فأجاب بأن العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى، والنص لم يفصل بين حيوان وحيوان. (ك)

(٢) قوله: "حتى العصافير" لا يقال: في كلام المصنف تسامح، لأن الدليل المذكور بقوله: ولنا منقوض بالعصافير، لأن ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على المطلوب بل من حيث جواب الخصم، وأما الدليل على ذلك فهو السنة. (عناية)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) قوله: والأكارع" في "المغرب": الكراع ما دون الركبة من الدواب جمعه الأكارع. (ن)

(٥) قوله: "للتفاوت فيها" فالتفاوت بين رأس ورأس، وكراع وكراع معتبر فيما بين الناس يماكسون فيه، أو أسلم فيه وزناً اختلفوا فيه. (ك)

(٦) أي كل واحد من الرأس والكراع.

(٧) في الصغر والكبر والسمن والهزال.

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قوله: "ولا في الجلود" أي جلود الإبل والبقر، والغنم، وقال مالك رحمه الله: يجوز، لأنه مقدور التسليم معلوم المقدار بالوزن والصفة، ولكنا نقول: الجلود لا توزن عادة، فلم يجز وزناً بالطريق الأولى، ولكنها تباع عدداً، وهي عددية متفاوت فيها الصغر والكبر، فلا يجوز السلم فيها لأنه مفض إلى المنازعة. (نهاية)

(١٠) وفي "الذخيرة" إن بين الجلود ضرباً معلوماً يجوز لانتفاء المنازعة. (عيني)

(١١) قوله: "ولا في الحطب [أي هيزم] حزماً" لأن هذا مجهول لا يعرف طوله وعرضه، وغلظه، فإن عرف يجوز، كذا في "المبسوط". (نهاية)

(١٢) بضم أول وفتح ثاني: هيزم وعلف جز آن. (م)

(١٣) سپست تركه علق اسپ باشد.

(١٤) قوله: "جرزاً [جرزه بند اسپست ومانند آن ويكمشت ازان. من]" جمع الجرزة -بتقديم الراء المهملة على الزاء المعجمة- هي القبض من القت ونحوه، والحرمة لأنها قطعة من الجرز وهو القطع، ومنها قوله: باع القت جرزاً، وما سواه تصحيف، كذا في "المغرب".

(١٥) أي للمسلم إليه.

(١٦) قوله: "لا يتفاوت [بأن يبين صفته أن الحطب مبلول أو مجفوف]" أي بالشد نحو العصا، أما إذا كان

قال[١] : ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلى حين المحل[٢]، حتى لو كان منقطعاً[٣] عند العقد موجوداً عند المحل، أو على العكس[٤]، أو منقطعاً[٥] فيما بين ذلك لا يجوز. وقال الشافعي رحمه الله: يجوز إذا كان موجوداً وقت المحل لوجود القدرة على التسليم[٦] حال وجوبه[٧]. ولنا قوله عليه السلام[٨]: «لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها[٩]»[١٠]*، ولأن القدرة على التسليم بالتحصيل، فلا بد[١١] من استمرار الوجود[١٢] في مدة الأجل ليتمكن من التحصيل. ولو انقطع[١٣] بعد المحل، فرب السلم بالخيار[١٤] إن شاء فسخ السلم[١٥] وإن شاء انتظر وجوده[١٦]، لأن السلم قد صح، والعجز[١٧] الطارئ على

يتفاوت كالشوك والسوس فلا يجوز، لأنه لإفضاءه إلى المنازعة. (ن)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) محل الدين مهلت دادم، مصدر ميمي بمعنى الحلول أي حلول الأجل هكذا قيل. (من)

(٣) قوله: "منقطعاً" أي عن أيدي الناس، وحد الانقطاع هو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت، كذا في "الذخيرة". (ك)

(٤) أي موجوداً عند العقد منقطعاً عند المحل.

(٥) وموجوداً عند العقد، وعند المحل.

(٦) أي تسليم المسلم فيه.

(٧) وهو زمان حلول الأجل والعجز قبل ذلك لا يعتبر.

(٨) قوله: "قوله عليه السلام إلخ" الحديث دل على أن القدرة عند المحل غير كافية لجواز العقد، إذ لو كان لم يكن لتقييد النبي عليه السلام بقوله: «حتى يبدو صلاحها».
فائدة: ودلّ على أن الوجود معتبر من حين العقد إلى حين المحل. (ك)

(٩) أي يظهر انتفاعها.

(١٠) قلت: أخرجه أبو داود وابن ماجة واللفظ له. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٩، والدراية ج٢، الحديث ٨٠٣ ص١٥٩. (نعيم)

(١١) قوله: "فلا بد إلخ" يعني أن المسلم فيه وإن وجد عند المحل لكن من الجائز أن لا يقدر المسلم إليه على اكتسابه حينئذٍ، فيشترط الوجود في جملة المدة، حتى لو لم يقدر في بعض الأزمان لقدر في البعض. (مل)

(١٢) أي وجود المسلم فيه.

(١٣) أراد أن المسلَم فيه كان موجوداً من وقت العقد إلى المحل، ثم انقطع.

(١٤) قوله: "فرب السلم بالخيار" وقال زفر رحمه الله: يبطل العقد ويسترد رأس المال للعجز عن تسليمه، فصار كما لو هلك المبيع في بيع العين. (ك)

(١٥) بأخذ رأس المال.

(١٦) إلى موسم آخر.

(١٧) إشارة إلى جواب زفر.

شرف الزوال[١]، فصار[٢] كإباق المبيع[٣] قبل القبض[٤].

قال[٥]: ويجوز السلم فى السمك[٦] المالح[٧] وزنًا معلومًا، وضربًا[٨] معلومًا، لأنه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم، إذ هو غير منقطع[٩]، ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت.

قال[١٠]: ولا[١١] خير[١٢] فى السلم فى السمك الطرى[١٣] إلا فى حينه[١٤] وزنًا معلومًا، وضربًا معلومًا؛ لأنه ينقطع فى زمان الشتاء[١٥]، حتى لو كان فى بلد لا ينقطع يجوز[١٦] مطلقًا[١٧]، وإنما يجوز[١٨] وزنًا لا عددًا لما ذكرنا[١٩]، وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز فى لحم الكبار منها[٢٠]، وهى التى تقطع[٢١] اعتبارًا

(١) قوله: "على شرف الزوال" بأن يصير إلى أن يوجد، وبه فارق الهلاك، فالمعقود عليه فى البيع عين، ثم فات أصلا، وفى السلم المعقود عليه دين فى الذمة، وهو باقٍ لبقاء الذمة. (ك)

(٢) فى بقاء العقد لكن المشترى بالخيار.

(٣) العبد.

(٤) أى قبض المشترى.

(٥) أى محمد. (عينى)

(٦) قوله: "فى السمك" قيل: يقال: سمك ملح، ومملوح لا مالح إلا فى لغة رديئة، وهو المقدار الذى فيه ملح. (ع)

(٧) نمک آلوده.

(٨) نوعًا.

(٩) من الوجود.

(١٠) أى محمد فى "الجامع". (عينى)

(١١) أى لا يجوز.

(١٢) نفى الجواز على سبيل المبالغة.

(١٣) تازه.

(١٤) أى موسمه.

(١٥) لانجماد الماء.

(١٦) السلم.

(١٧) فى كل حين.

(١٨) السلم.

(١٩) أى للتفاوت.

(٢٠) السمك.

(٢١) تقطع: پاره پاره كردن.

بالسلم[١] في اللحم عنده. قال[٢]: ولا[٣] خير[٤] في السلم في اللحم عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: إذا وصف من اللحم موضعًا معلومًا[٥] بصفة معلومة جاز، لأنه موزون مضبوط الوصف[٦]، ولهذا[٧] يضمن بالمثل[٨]، ويجوز استقراضه وزنًا[٩]، ويجرى[١٠] فيه ربا الفضل، بخلاف لحم الطيور[١١]، لأنه لا يمكن وصف موضع منه[١٢]. وله[١٣]: أنه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته، أو في سمنه[١٤]، وهزاله[١٥] على اختلاف فصول السنة[١٦]، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة[١٧]، وفي مخلوع[١٨] العظم لا يجوز[١٩] على الوجه الثاني[٢٠]، وهو

---

(١) قوله: "اعتبارًا [قياسًا] بالسلم" في الاختلاف بالسمن والهزال، ووجه الرواية الأخرى أن السمن والهزال ليس بظاهر فيه، فصار كالصغار. (ع)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "ولا خير إلخ" خير نكرة وقعت في سياق النفي، فيفيد نفي أنواع الخير بعمومه، ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة. (ع)

(٤) أي لا يجوز وإن بين. (ن)

(٥) قوله: إذا وصف [رب السلم] إلخ" يعني إذا بين جنسه، ونوعه، وسنه، ووصفه، وموضعه، وقدره، كشاة خصي ثني سمين من الجنب أو الظهر مائة. (عيني)

(٦) بالبيان.

(٧) قوله: "ولهذا [أي لكونه موزونًا] يضمن إلخ" إيضاح لقوله: موزون مضبوط الوصف، وكذا قوله: ويصح استقراضه وزنًا، لأن الاستقراض لا يصح إلا في المثليات، ويجرى فيه ربا الفضل لعلة الوزن، والوزن وضع لتقدير المثليات، فكان مضبوطًا، فيصح السلم فيه كما في الألية والشحم. (كفاية)

(٨) إذا أتلفه الغاصب.

(٩) بعلة الوزن. (ن)

(١٠) ويجرى المماكسة بين البائع والمشترى في ذلك. (عناية)

(١١) قوله: "بخلاف لحم الطيور [فلا يجوز السلم فيه]" بأن يسلم في لحم الدجاج مثلا ببيان سمنه وهزاله، وسنه ومقداره، ومن المشايخ من حمل المذكور من لحم الطيور على طيور لا تقتني ولا تحبس للتوالد، فيكون البطلان بسبب أنه أسلم في المنقطع، والسلم في مثله غير جائز عندهم اتفاقًا وإن ذكر الوزن، فأما فيما يقتني ويحبس للتوالد فيجوز عند الكل، لأن ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور لا يعتبره الناس. (عناية)

(١٢) قوله: "لا يمكن وصف موضع منه" أي من الطير، لأن عضو جنس الطير قليل، ولا يشترى لحم العضو عادة. (نهاية)

(١٣) أي له طريقان: أحدهما أنه إلخ، وثانيهما أنه يتفاوت سمنه إلخ. (ن)

(١٤) فربهى.

(١٥) لاغرى.

(١٦) ففي الصيف هزال وفي الشتاء سمن.

(١٧) قوله: "مفضية إلى المنازعة" لأن السلم لا يكون إلا مؤجلا، ولا يدرى عند حلول الأجل على أي

الأصح[١]، والتضمين[٢] بالمثل ممنوع[٣]، وكذا الاستقراض[٤]، وبعد التسليم[٥] فالمثل أعدل من القيمة، ولأن القبض[٦] يعاين[٧]، فيعرف مثل[٨] المقبوض به فى وقته، أما الوصف فلا يكتفى[٩] به[١٠].

قال[١١]: ولا يجوز السلم إلا مؤجلا، وقال الشافعى رحمه الله: يجوز حالا[١٢] لإطلاق الحديث[١٣]، ورخص فى السلم[١٤]. ولنا: قوله عليه السلام[١٥]: «إلى أجل

صفة، فكان بمنزلة السلم فى الحيوان. (نهاية)

(١٨) خلع بالفتح بيرون كردن.

(١٩) السلم وهو رواية ابن شجاع عن أبى حنيفة، والجوز هو رواية الحسن عنه.

(٢٠) وهو التعليل بالهزال والسمن. (نهاية)

(١) قوله: "وهو الأصح" لجواز أن يكون معلولا بعلتين، فعدم أحدهما لا يدل على عدم الجواز. (ك)

(٢) جواب عن قولهما. (ن)

(٣) فإنه مضمون بالقيمة.

(٤) وزنًا ممنوع أيضًا.

(٥) قوله: "وبعد التسليم" أى سلمنا أن اللحم يضمن بالمثل إذا أتلفه الغاصب، فليس وجهه كون اللحم وزنيا كما فهمتم، بل وجهه أن الأصل فى ضمان العدوان المماثلة، والمماثلة فى مثل الشىء صورة ومعنى، فيكون أعدل من القيمة، لأنها مثل معنى لا صورة. (مل)

(٦) قوله: "ولأن القبض إلخ" هذه النكتة لأجل التفرقة بين الاستقراض والسلم، ففى الاستقراض يقبض حالا، فيرتفع الجهالة بالقبض، ولا يفضى إلى المنازعة، وأما السلم فإن المسلم فيه إنما يعرف بالوصف، وبالوصف لا يرتفع الجهالة، فيفضى إلى المنازعة، ولما لم يعرف الوصف تمام التعريف لم يكتفِ بالوصف فى حق اللحم فى السلم. (نهاية)

(٧) فى الاستقراض.

(٨) فيرتفع الجهالة المفضية إلى النزاع.

(٩) فى السلم.

(١٠) أى الوصف.

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) قوله: "يجوز [السلم] حالا [أى بغير أجل]" السلم الحال هو السلم بغير أجل، بأن يقول: أسلمت عشرة فى كر حنطة ولم يذكر الأجل. (مل)

(١٣) وقد مر الحديث كملا.

(١٤) قوله: "ورخص [أى النبى ﷺ] فى السلم" فقد أثبت فى السلم رخصة مطلقة، فاشتراط التأجيل فيه زيادة على النص، ويمكن أن يقال: إن الأصل عدم جواز السلم لكونه بيع ما ليس عند الإنسان، وما ورد النص بجوازه إلا مؤجلا، وما روى حكاية حال لا عموم له وقد أراد به السلم المؤجل إجماعا، فلم يرد غيره لئلا يعم. (مل)

(١٥) قوله: "قوله عليه السلام" وسوق الكلام لبيان شرط السلم، لا لبيان الأجل. (ع)

معلوم»، فيما روينا[١]، ولأنه[٢] شرع رخصة[٣] دفعًا لحاجة المفاليس[٤]، فلا بد من الأجل، ليقدر[٥] على التحصيل[٦] فيه[٧]، فيسلم، ولو كان[٨] قادرًا[٩] على التسليم لم يوجد المرخص، فبقي[١٠] على النافي[١١].

قال[١٢]: ولا يجوز[١٣] إلا بأجل معلوم، لما روينا*، ولأن الجهالة فيه[١٤] مفضية[١٥] إلى المنازعة كما في البيع، والأجل أدناه شهر، وقيل[١٦]: ثلاثة أيام[١٧]، وقيل[١٨]: أكثر من نصف اليوم[١٩]، والأول أصح[٢٠].

---

(١) في أوائل الباب.

(٢) السلم.

(٣) إذ القياس عدم جواز بيع ما ليس عند الإنسان. (ع)

(٤) قوله: "دفعًا لحاجة المفاليس" فإن قيل: لو كانت شرعيته دفعًا لحاجة المفاليس لاختص بحالة الإفلاس، قلنا: الإفلاس أمر باطن لا يمكن الوقوف على حقيقته، والشرع بنى هذه الرخصة على الحاجة، فبقى على السبب الظاهر الدال على الحاجة، ليمكننا تعليق الحكم به، والبيع بالخسران دليل الحاجة. (ك)

(٥) المسلم إليه.

(٦) أي تحصيل المسلم فيه.

(٧) أي في الأجل.

(٨) المسلم إليه.

(٩) في الحال.

(١٠) السلم فلا يجوز.

(١١) وهو قوله عليه السلام: «لا تبع ما ليس عندك». (ك)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) السلم فلا يجوز.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٠، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٠٢ ص١٦٠. (نعيم)

(١٤) أي في الأجل.

(١٥) فهذا يطالبه بمدة قريبة، وذاك يؤديه في بعيدها. (ع)

(١٦) قوله: "وقيل إلخ" وهو ما ذكره أحمد بن أبي عمران البغدادي أستاذ الطحاوي عن أصحابنا، اعتبارًا بخيار الشرط، وليس بصحيح، لأن الثلاث ثمة بيان أقصى المدة، فأما أدناه فغير مقدر. (ع)

(١٧) والصحيح ما رواه الكرخي أنه مقدر بما يمكن فيه تحصيل المسلم فيه.

(١٨) قوله: "وقيل: أكثر إلخ" لأن المعجل ما كان مقبوضا في المجلس، والمؤجل ما تأخر قبضه عن المجلس، ولا يبقى المجلس بينهما في العادة أكثر من نصف اليوم. (نهاية)

(١٩) قال به أبو بكر الرازي.

(٢٠) قوله: "والأول أصح" استدلالا بمسألة كتاب الأيمان، إذا حلف المديون ليقضين حقه عاجلا، وقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فما فوقه في حكم الأجل. (نهاية)

ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه، ولا بذراع رجل بعينه، معناه لا يعرف مقداره[١]، لأنه يتأخر فيه التسليم، فربما يضيع[٢]، فيؤدى إلى المنازعة[٣]، وقد مر من قبل[٤]، ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض[٥]، ولا ينبسط كالقصاع[٦] مثلا، فإن كان مما ينكبس[٧] بالكبس كالزنبيل[٨] والجراب[٩] لا يجوز للمنازعة إلا فى قرب[١٠] الماء للتعامل فيه، كذا روى عن أبى يوسف رحمه الله.

قال: ولا[١١] فى طعام قرية بعينها، أو ثمرة نخلة بعينها، لأنه قد يعتر[١٢] به آفة[١٣]، فلا يقدر على التسليم[١٤]، وإليه أشار عليه السلام حيث قال: «أ رأيت[١٥] لو أذهب الله تعالى الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه[١٦]»*، ولو كانت النسبة إلى

(١) أى مقدار كل واحد من المكيال أو الذراع.

(٢) أى المكيال أو الذراع.

(٣) قوله: "فيؤدى إلخ" حتى لو اشترى ذلك الإناء يداً بيد فلا بأس به، لأن فى العين يجوز البيع مجازفة، فمكيال غيره أولى، وهذا لأن التسليم عقيب العقد، والقدرة على التسليم فى الحال ثابتة لقيام المكيال الذى عينه. (نهاية)

(٤) فى أول كتاب البيوع. (ك)

(٥) كما إذا كان من حديد أو خشب أو نحوهما. (ع)

(٦) قصعة -بالفتح- كاسة قصاع كجبال جمع. (من)

(٧) أى يمتلئ جدا إذا بولغ فى ملاءه. (ك)

(٨) قوله: "كالزنبيل [بكسر الزاء. ع]" ظرفى باشد كه آن را از بوريا بافند، ودو دسته بران نصب كنند، وگوشت وغير در آن گذارند، از جاى بجاى برند. (برهان)

(٩) انبان وتوشه دان. (م)

(١٠) قوله: "قِرَب [جمع قربة بالكسر مشک. م]" بأن يشترى من سقاء كذا وكذا قربة من الماء بهذه القربة. (ع)

(١١) لا يصح السلم.

(١٢) يصيبه.

(١٣) فينقطع عن أيدى الناس.

(١٤) أى تسليم المسلم فيه.

(١٥) قوله: "حيث قال [حين سئل عن سلم تمر حائط بعينه. ك]: أ رأيت [أخبرنى. نهاية] إلخ" قال الزيلعى: قلت: غريب فى هذا المعنى ولا أعرف ورود هذا فى السلم إنما ورد هذا اللفظ فى البيع، كما أخرجه البخارى ومسلم عن حميد عن أنس: «أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن بيع ثمر النخل حتى تزهو»، فقلت لأنس: وما زهوها؟ قال: تحمر أو تصفر، أرأيتك إن منع الله الثمرة بم تستحل مال أخيك، انتهى، اللهم إلا أن يؤخذ بإطلاق اللفظ، فيدخل فيه السلم أيضاً. (مل)

(١٦) أى رأس المال. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٠، والدراية ج٢، الحديث ٨٠٤ ص١٦٠. (نعيم)

قرية لبيان الصفة[١] لا بأس به على ما قالوا كالخشمراني[٢] ببخارا والبساخي[٣] بفرغانة. قال[٤]: ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رحمه الله إلا بسبع شرائط، جنس معلوم، كقولنا: حنطة أو شعير، ونوع معلوم، كقولنا: سقية[٥] أو بخسية، وصفة معلومة كقولنا: جيد أو رديء، ومقدار معلوم، كقولنا: كذا كيلا[٦] بمكيال معروف[٧]، أو كذا وزنًا[٨]، وأجل معلوم، والأصل[٩] فيه ما روينا[١٠]، والفقه[١١] فيه ما بينا[١٢]. ومعرفة مقدار[١٣] رأس المال إذا كان يتعلق العقد[١٤] على مقداره كالمكيل والموزون، والمعدود، وتسمية المكان الذي يوفيه[١٥] فيه[١٦] إذا كان له حمل[١٧] ومؤنة[١٨].

---

(١) قوله: "لبيان الصفة" أي لبيان أن صفة تلك الحنطة التي هي المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة لا لتعيين المكان. (عيني)

(٢) أي الحنطة المنسوبة إلى الخشمران وهي قرية من قرى بخارا.

(٣) أي الحنطة المنسوبة إلى البساخ وهي قرية من قرى فرغانة.

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "سقية [أي مسقية]" السقي ما يسقى سيحًا [أي بالماء الجاري. رد المحتار] فعيل بمعنى مفعول والبخسي بخلافه منسوب إلى البخس، وهي الأرض التي يسقيها السماء لأنها مبخوسة الحظ من الماء. (ك)

(٦) أي عشرين كرًا.

(٧) أي معروف القدر. (ن)

(٨) أي عشرين منًا.

(٩) الدليل.

(١٠) أي قوله عليه السلام: من أسلم منكم إلخ. (ك)

(١١) الحكمة والسر.

(١٢) وهو قوله: ولأن الجهالة فيه مفضية إلخ. (ك)

(١٣) وإن كان يشار إليه.

(١٤) قوله: "إذا كان إلخ" احترز به عما إذا كان رأس المال ثوبًا، لأن الذرع وصف لا يتعلق العقد على مقداره، وإعلام الوصف بعد الإشارة ليس بشرط، ولهذا لو اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع، فوجده أحد عشر تسلم له الزيادة ولو وجده تسعة لا يحط عنه شيء من الثمن والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان، ولا يشترط إعلامه، لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، فجهالة قدر الذرعان لا يؤدي إلى جهالة المسلم فيه، وههنا المسلم فيه بمقابلة المقدارات فيؤدي إلى جهالة المسلم فيه، فيفسد العقد. (ك)

(١٥) المسلم إليه

(١٦) المسلم فيه.

(١٧) قوله: "إذا كان له [أي للمسلم فيه] حمل [باری که برگردن بردارند. م]" -بفتح الحاء- مصدر حمل الشيء ومعناها ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر دابة و أجرة حمال. (مل)

وقالا: لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معيناً[١]، ولا إلى مكان[٢] التسليم[٣]، ويسلّمه[٤] فى موضع العقد، فهاتان مسألتان[٥].

ولهما فى الأولى[٦]: أن المقصود[٧] يحصل بالإشارة، فأشبه[٨] الثمن[٩] والأجرة[١٠]، وصار كالثوب[١١]، وله: أنه ربما يوجد[١٢] بعضها[١٣] زيوفًا، ولا يستبدل[١٤] فى المجلس، فلو لم يعلم قدره لا يدرى فى كم بقى[١٥]، أو ربما لا يقدر[١٦] على تحصيل المسلم فيه، فيحتاج[١٧] إلى رد رأس المال[١٨]، والموهوم[١٩] فى هذا[٢٠]

---

(١٨) مؤنة -بالفتح- بار گرانى وهى فعولة. (من)

(١) بالإشارة.

(٢) بيان.

(٣) أى تسليم المسلم فيه.

(٤) أى المسلمُ إليه المسلمَ فيه.

(٥) قوله: "فهاتان مسألتان" أى الاختلاف بينه وصاحبيه فى هاتين المسألتين، وإنما قال هذا ليتبين أن كل واحدة تحتاج إلى إقامة الدليل من الطرفين بالاستبداد. (نهاية)

(٦) أى المسألة الأولى.

(٧) أى تسليم رأس المال.

(٨) قوله: "فأشبه الثمن إلخ" يعنى إذا جعل المكيل أو الموزون ثمن المبيع، أو الأجرة فى الاستئجار، فأشار إليهما، ولا يعرف مقدارهما يجوز. (نهاية)

(٩) بأن يقول: اشتريت بهذه الدراهم ولم يبين مقدرها. (ك)

(١٠) بأن يقول: استأجرت بهذه الدراهم ولم يبين مقدارها. (ك)

(١١) قوله: "وصار كالثوب [بأن يقول: أسلمت هذا الثوب ولم يبين قدر الذرعان. ك]" إذا جعل رأس المال يجوز وإن لم يبين ذرعانه. (نهاية)

(١٢) قوله: "أنه ربما يوجد إلخ: تحقيقه أن جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه، لأن المسلم إليه ينفق رأس المال شيئًا فشيئًا، وربما يجد بعض ذلك زيوفا، ولا يستبدل فى المجلس، فيرد، فيبطل العقد برده بقدر ما رده، فإذا لم يكن مقدار قدر رأس المال معلومًا لا يعلم فى كم انتقص السلم، وفى كم بقى، وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق، فكذا ما يستلزمها. (عينى)

(١٣) دراهم.

(١٤) الواو حالية.

(١٥) المسلم.

(١٦) المسلم إليه.

(١٧) المسلم إليه.

(١٨) وإذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك.

(١٩) دفع لما يقال من أن ما قال أبو حنيفة رحمه الله أمر موهوم لا يعتبر به.

العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافى[١].

بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبًا[٢]، لأن الذرع وصف فيه[٣] لا يتعلق العقد[٤] على مقداره[٥]، ومن فروعه[٦] إذا أسلم[٧] فى جنسين، ولم يبين رأس مال كل واحد منهما، أو أسلم جنسين[٨]، ولم يبين مقدار أحدهما.

ولهما فى الثانية[٩]: أن مكان العقد يتعين[١٠] لوجود العقد الموجب[١١] للتسليم

---

(٢٠) أى السلم.

(١) قوله: "لشرعه مع المنافى [أى بيع المعدوم]" إذ القياس يخالفه، ألا ترى أنه لو أسلم بمكيال رجل بعينه لم يجز لتوهم هلاك ذلك المكيال، وعوده إلى الجهالة. (ع)

(٢) جواب عما قاساه عليه من الثوب.

(٣) قوله: "وصف فيه [ثوب]" ولهذا لو وجده زائدًا على المسمى سلم له الزيادة، ولو وجده ناقصًا لم يحط شيئًا من الثمن، وقد تقدم. (عناية)

(٤) قوله: "لا يتعلق العقد إلخ" وليس كلامنا فى ذلك، وإنما هو فيما يتعلق العقد على مقداره، فكان قياسًا مع الفارق. (عناية)

(٥) ثوب.

(٦) الاختلاف فى معرفة مقدار رأس المال. (ك)

(٧) قوله: "إذا أسلم إلخ" بأن أسلم مائة فى كر حنطة وكر شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فإنه لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله، لأن المائة تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة، وطريق معرفته الحزر، فلا يكون مقدار رأس مال كل واحد منهما معلومًا، وعندهما يجوز، لأن الإشارة إلى العين تكفى لجواز العقد، وقد وجدت. (ع)

(٨) قوله: "أو أسلم جنسين" كما إذا أسلم دراهم ودنانير فى كر حنطة وقد علم وزن أحدهما لا الآخر لا خير فيه عنده، وهو جائز عندهما، لأن إعلام القدر فيما يتعلق العقد به شرط عنده، فإذا لم يعلم وزن أحدهما بطل فى حصته لانعدام شرط الجواز، فيبطل فى حصة الآخر أيضًا لاتحاد الصفقة، أو لجهالة حصة الآخر، والسلم فى المجهول لا يصح ابتداء، وعندهما الإشارة إلى العين تكفى، فيجوز. (نهاية)

(٩) قوله: "فى الثانية" أى فى المسألة الثانية، وهو بيان مكان الإيفاء لا يحتاج إليه عندهما. فإن قيل: لو تعين مكان العقد لفسد ببيان مكان آخر، كما فى بيع العين، فإنه لو اشترى كرحنطة، وشرط على البائع الحمل إلى منزله فإن البيع يفسد. قلنا: لما عين مكانًا آخر بالنص صار أولى من مكان العقد الذى نعينه بدلالة السبب الموجب التسليم من غير نص، غير أن هذا الشرط يفسد بيع العين، لأن المشترى يملك العين بالشراء، فإذا شرط عليه حملا زائدًا فقد اشترط عليه عملا فى ملكه مع ما اشترى العين منه، ثم سمى الثمن بإزاء ذلك كله، فصار ما يقابل الحمل إجارة، فيصير صفقة فى صفقة، فيفسد بالشرط الفاسد، ورب السلم لا يملكه عينًا قبل القبض، فيكون النقل إلى مكان آخر عملا من البائع فى مال نفسه، فلا يصير مؤاجرًا لغيره، فلا يصير هذا الشرط صفقة فى صفقة فلا يصير فاسدًا. (ك)

(١٠) للإيفاء.

(١١) قوله: "لوجود إلخ" كما فى بيع العين، فإن من باع حنطة بعينها بسواد وجب تسليمها فى موضع الحنطة، لأنه ملكها فى ذلك الموضع. (ن)

فيه، ولأنه لا يزاحمه مكان آخر فيه[١]، فيصير نظير[٢] أول أوقات[٣] الإمكان[٤] فى الأوامر، وصار كالقرض والغصب[٥]. ولأبى حنيفة رحمه الله: أن التسليم[٦] غير واجب فى الحال[٧]، فلا يتعين بخلاف القرض[٨] والغصب[٩]، وإذا لم يتعين[١٠] فالجهالة فيه تفضى[١١] إلى المنازعة، لأن قيم الأشياء تختلف[١٢] باختلاف المكان، فلا بد من البيان، وصار كجهالة الصفة[١٣]. وعن هذا[١٤] قال من قال من المشايخ: إن الاختلاف[١٥] فيه[١٦] عنده[١٧] يوجب التحالف كما فى الصفة[١٨]، وقيل

---

(١) أى فى التسليم.

(٢) قوله: "فيصير نظير إلخ" يعنى مكان العقد لوجوب التسليم فيه لعدم المزاحم نظير أول وقت الصلاة لنفس الوجوب من حيث إنه كما لم يزاحم لهذا المكان مكان آخر لم يزاحم لهذا الزمان زمان آخر لعدم صلاحية ما مضى للوجوب وعدم ما سيأتى من الزمان. (ك)

(٣) فالجزء الأول يتعين للسببية لعدم ما يزاحمه، وهذا على قول الكرخى. (عينى)

(٤) أى إمكان المأمور به.

(٥) قوله: "وصار كالقرض والغصب" فإن التسليم فيهما يجب فى مكان تحقق القرض والغصب. (ك)

(٦) أى تسليم المسلم فيه.

(٧) لاشتراط الأجل.

(٨) قوله: "فلا يتعين [أى مكان العقد، للتسليم] إلخ" وذلك لأن موضع الالتزام إنما يتعين للتسليم بسبب يستحق به التسليم بنفس الالتزام كالقرض والاستهلاك والغصب، والسلم لا يجوز إلا مؤجلا، وإنما استحقاق التسليم عند حلول الأجل، وعند ذلك لا يدرى فى أى مكان يكون. (نهاية)

(٩) فإن التسليم فيهما واجب فى الحال.

(١٠) مكان العقد للإيفاء.

(١١) قوله: "تفضى إلى المنازعة" لأن رب السلم يطالبه فى موضع يكثر فيه الثمن، والمسلم إليه يسلم فى موضع يقل فيه الثمن. (مل)

(١٢) قوله: "تختلف" فإن الحنطة والحطب موجود فى المصر والسواد، ثم يشترى فى المصر بأكثر مما يشترى به فى السواد، وما ذلك إلا لاختلاف المكان. (نهاية)

(١٣) قوله: "وصار كجهالة الصفة" يعنى أن باختلاف الصفة فى المسلم فيه يختلف القيمة فكذلك باختلاف المكان تختلف أيضاً، ثم مع جهالة الصفة لا يجوز السلم فكذلك لا يجوز مع جهالة المكان لهذا المعنى، فلا بد من البيان. (عينى)

(١٤) أى عن أن اختلاف القيم باختلاف المكان. (نهاية)

(١٥) أى اختلاف المتبايعين.

(١٦) أى مكان الإيفاء.

(١٧) لا عندهما.

(١٨) قوله: "كما فى الصفة" أى كما لو اختلفا فى صفة الثمن، أو المثمن فإن اختلاف الصفة يوجب اختلاف القيمة فهو كما إذا اختلفا فى جودته ورداءته. (ف)

على عكسه[١]، لأن تعين المكان[٢] قضية العقد[٣] عندهما.

وعلى هذا الخلاف الثمن[٤] والأجرة والقسمة، وصورتها إذا اقتسما داراً، وجعلا مع نصيب أحدهما شيئاً له[٥] حمل ومؤنة، وقيل: لا يشترط[٦] ذلك[٧] في الثمن، والصحيح أنه يشترط[٨] إذا كان[٩] مؤجلا، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وعندهما يتعين[١٠] مكان الدار، ومكان تسليم الدابة[١١] للإيفاء[١٢]. قال[١٣]: وما لم يكن له حمل[١٤] ومؤنة[١٥] لا يحتاج فيه إلى بيان[١٦] مكان الإيفاء بالإجماع، لأنه لا يختلف قيمته[١٧]، ويوفيه[١٨] في المكان الذي أسلم

---

(١) قوله: "وقيل على عكسه" أي لا يوجب التحالف عنده بل القول للمسلم إليه، وعندهما يوجبه. (ع)

(٢) قوله: "لأن تعين المكان إلخ" أي لأن تعين المكان عندهما لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من جملة قضية العقد، والاختلاف فيها يوجب التحالف بالإجماع، فيجب أن يكون ههنا كذلك، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعين المكان لما لم يكن من مقتضيات العقد صار بمنزلة الأجل، والاختلاف فيه لا يوجب التحالف، فكذا ههنا. (ك)

(٣) أي مقتضاه قضية كعنية فرمان اسم است. (من)

(٤) قوله: "وعلى هذا الخلاف الثمن" المؤجل، بأن باع عبداً ببرّ موصوف في الذمة إلى أجل يشترط بيان مكان الإيفاء للبر عنده في الصحيح، وعندهما يتعين مكان العقد، والأجرة بأن يستأجر دابة، أو داراً بماله حمل، ومؤنة ديناً في الذمة عنده يشترط بيان مكان الإيفاء، وعندهما يتعين موضع الدار للإيفاء، وموضع تسليم الدابة لا موضع العقد والقسمة، فعنده يشترط بيان مكان الإيفاء لصحة القسمة في الصحيح، وعندهما يتعين مكان القسمة للإيفاء. (ك)

(٥) لزيادة عرض، أو بناء في نصيب أحدهما. (ك)

(٦) عند الكل.

(٧) أي بيان مكان الإيفاء.

(٨) عنده، لا عندهما.

(٩) الثمن.

(١٠) في إجارة الدار.

(١١) في إجارة الدابة.

(١٢) أي إيفاء الأجرة.

(١٣) أي محمد. (عيني)

(١٤) قوله: "وما لم يكن له حمل إلخ" قيل: ماله حمل ومؤنة هو ما يكون بحال لو أمر إنساناً يحمله إلى مجلس القضاء لا يحمله مجاناً، وقيل: هو ما لا يمكن رفعه بيد واحدة، وقيل: ما يحتاج في نقله إلى المؤنة كالحنطة والشعير، وما لا يحتاج فيه إليها فهو مما لا مؤنة له كالمسك والكافور. (ك)

(١٥) كالمسك والكافور والزعفران، وصغار اللؤلؤ يعني القليل منه. (ف)

(١٦) لصحة السلم. (ع)

(١٧) باختلاف الأماكن.

فيه[١]. قال رضى الله عنه[٢]: وهذه[٣] رواية "الجامع الصغير" والبيوع، وذكر[٤] فى الإجارات[٥]: أنه يوفيه فى أى مكان شاء، وهو الأصح، لأن الأماكن كلها سواء[٦]، ولا وجوب فى الحال[٧]، ولو عينا[٨] مكانًا قيل: لا يتعين، لأنه لا يفيد[٩]، وقيل[١٠]: يتعين، لأنه يفيد سقوط خطر الطريق[١١]، ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به[١٢]، لأنه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما[١٣] ذكرنا[١٤].

قال[١٥]: ولا يصح[١٦] السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه[١٧]، أما إذا كان من النقود[١٨] فلأنه افتراق[١٩] عن دين بدين[٢٠]، وقد نهى[٢١] النبى عليه

(١٨) المسلم إليه.

(١) لأنه موضع الالتزام فيترجح على غيره. (ع)

(٢) أى المصنف.

(٣) أى قوله: ويوفيه إلخ.

(٤) من أصل المبسوط. (ف)

(٥) من أصل المبسوط. (ف)

(٦) إذ المالية لا تختلف باختلاف الأمكنة فيه. (ع)

(٧) حتى يتعين مكان العقد.

(٨) فيما لا حمل له.

(٩) قوله: "لأنه [التعيين] لا يفيد" لأنه لا يلزمه بنقله مؤنة، ولا يختلف ماليته باختلاف الأمكنة. (ن)

(١٠) وهو الأصح. (عناية)

(١١) لرب السلم.

(١٢) قوله: "يكتفى به" هذا إذا لم يكن المصر عظيمًا، فلو كان بين جوانبه نحو فرسخ لا يجوز إلا أن يبين، لأنه مفض إلى المنازعة، ذكره فى "المحيط". (ف)

(١٣) قوله: "فيما ذكرنا" من أنه لا يختلف قيمته باختلاف المحلة، وقيل: فيما ذكرنا من المسائل وهى السلم والثمن، والأجرة، والقسمة. (عناية)

(١٤) أى فى القيمة.

(١٥) أى القدورى. (عينى)

(١٦) أى لا يبقى صحيحًا بعد وقوعه على الصحة. (ن)

(١٧) قوله: "قبل أن يفارقه فيه [أى فى المجلس]" أى قبل أن يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنًا لا مكانًا حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض لم يفسد ما لم يتفرقا من غير قبض، فإن افترقا كذلك فسد. (عناية)

(١٨) كالدراهم والدنانير.

(١٩) قوله: "فلأنه افتراق إلخ" لأنها لا تتعين فلا يقع العقد إلا على دين فى الذمة يقع بدفع العين المقاصة عنه. (ف)

(٢٠) وهو لا يجوز.

السلام عن الكالئ بالكالئ[١]*، وإن كان عينًا[٢] فلأن المسلم أخذ عاجلا بآجل، إذ الإسلام والإسلاف[٣] ينبئان عن التعجيل، فلا بد[٤] من قبض أحد العوضين[٥] ليتحقق معنى الاسم[٦].

ولأنه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب[٧] المسلم إليه فيه[٨]، فيقدر[٩] على التسليم[١٠]، ولهذا قلنا[١١]: لا يصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط لهما[١٢] أو لأحدهما، لأنه[١٣] يمنع[١٤] تمام القبض لكونه[١٥] مانعًا[١٦] من الانعقاد فى حق الحكم[١٧]، وكذا لا يثبت[١٨] فيه[١٩] خيار الرؤية، لأنه[٢٠] غير مفيد[٢١] بخلاف

---

(٢١) قد تقدم. (ت)

(١) أى النسيئة بالنسيئة. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥١، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٠٤ ص١٦٠. (نعيم)

(٢) كالثوب والحيوان. (ك)

(٣) فى شيء.

(٤) قوله: "فلا بد إلخ" أى فيشترط كون أحد البدلين فيه معجلا كما يشترط أن يكون الآخر مؤجلا ليكون حكمه ثابتًا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة، والكفالة، فإن هذه العقود يثبت أحكامها بمقتضيات أساميها لغة، فكان ينبغى أن يشترط اقتران القبض بالعقد، فإنه أتم ما يكون من التعجيل، ولكن الشرع جعل ساعات المجلس كحال العقد تيسيرًا كما فى عقد الصرف.وقال مالك رحمه الله: يجوز عقد السلم وإن لم يقبض رأس المال يومًا أو يومين بعد أن لا يكون مؤجلا، لأنه يعد عاجلا عرفًا. (ك)

(٥) أى رأس المال فإن المسلم فيه آجل.

(٦) أى اسم السلم.

(٧) يتصرف.

(٨) فإن حاجة المسلم إليه إلى هذا العقد لإفلاسه. (ف)

(٩) المسلم إليه.

(١٠) أى تسليم المسلم فيه.

(١١) قوله: "ولهذا إلخ" إيضاح لاشتراط القبض المستفاد من قوله: ولأنه لابد من تسليم رأس المال. (ن)

(١٢) أى للعاقدين.

(١٣) أى لأن خيار الشرط.

(١٤) قوله: "لأنه يمنع إلخ" أى لأن الخيار يمنع تمام القبض، لأنه إنما يتم إذا كان بناء على الملك، وخيار الشرط يمنع الملك لأنه يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم، فيمتنع تمام العقد والافتراق قبل تمامه مبطل للعقد. (ك)

(١٥) خيار الشرط.

(١٦) قوله: "لكونه مانعًا إلخ" هذا على قول أبى حنيفة رحمه الله ظاهر، فإنه وإن خرج البدل من ملك من له الخيار لم يكن فى ملك الآخر، وعلى قولهما هو ملك متزلزل، فإنه بعرضة أن يفسخ من له الخيار، فلا يتم القبض، لأن تمامه مبنى على تمام الملك فى المقبوض. (فتح القدير)

خيار[1] العيب[2]، لأنه لا يمنع تمام القبض[3]. ولو أسقط[4] خيار الشرط قبل الافتراق[5] ورأس المال[6] قائم[7] جاز خلافًا لزفر رحمه الله[8]، وقد مر نظيره[9].

وجملة الشروط[10] جمعوها في قوله: إعلام رأس المال[11] وتعجيله[12]، وإعلام المسلم فيه[13] وتأجيله، وبيان مكان الإيفاء[14] والقدرة على تحصيله[15]، فإن

(١٧) وهو ثبوت الملك.

(١٨) قوله: "وكذا لا يثبت فيه" أى فى المسلم فيه دون رأس المال، فإن خيار الرؤية أو خيار العيب فيه لا يفسد، لأنه لا يمنع ثبوت الملك. (نهاية)

(١٩) وفى الاستصناع المعقود عليه عين فيثبت فيه.

(٢٠) خيار الرؤية.

(٢١) قوله: "لأنه غير مفيد" إذ فائدة خيار الرؤية رد المبيع، والمسلم فيه دين فى الذمة، فإذا رد المقبوض عاد دينًا كما كان، لأنه لم يرد عين ما تناوله العقد، لأن العقد لم يتناول هذا المقبوض، وإنما تناول مثله دينًا فى الذمة، فلا ينفسخ العقد برده بل يعود حقه فى مثله، فإذا لم يفد فائدته لا يثبت بخلاف بيع العين فإنه لو رد العين بخيار الرؤية ينفسخ العقد، لأنه رد عين ما تناوله العقد، فينفسخ العقد برده، كذا قال شيخ الإسلام خواهر زاده. (عينى)

(١) فى رأس المال.

(٢) فى المسلم فيه. (ف)

(٣) قوله: "لأنه لا يمنع إلخ" لأن تمام القبض بتمام الصفقة، وتمامها بتمام الرضاء وهو موجوّد وقت العقد. (ع)

(٤) رب السلم. (ع)

(٥) عن المجلس.

(٦) قوله: "ورأس المال [الواو حالية] قائم" إنما قيد بقيام رأس المال، لأنهما لو أسقطاه بعد انفاقه، واستهلاكه لا يعود صحيحًا اتفاقًا، لأنه بالاستهلاك صار دينًا فى ذمة المسلم إليه، فلو صح كان رأس مال هو دين، وذلك لا يجوز فى ابتداء العقد، ولأنه الآن فى معنى الابتداء، إذ قبل الإسقاط لم يكن للعقد وجود شرعًا.(ف)

(٧) فى يد المسلم إليه.

(٨) والشافعى رحمه الله. (ف)

(٩) قوله: "وقد مر نظيره" أى فى باب البيع الفاسد وهو ما إذا باع إلى أجل مجهول، ثم أسقطا الأجل قبل حلوله ينقلب جائزًا عندنا خلافًا لزفر رحمه الله. (ف)

(١٠) قال المصنف: وجملة الشروط إلخ. (ف)

(١١) قوله: "إعلام رأس المال" يشمل على بيان جنسه، وصفته، ونوعه، وقدره. (ف)

(١٢) أى التسليم قبل الافتراق.

(١٣) قوله: "وإعلام المسلم فيه" أى قدره، وجنسه، ووصفه، ونوعه.

(١٤) أى إيفاء المسلم فيه.

(١٥) قوله: "والقدرة على تحصيله" بأن كان المسلم فيه موجودًا من حين العقد إلى حين المحل، ولا يكون

أسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين علي المسلم إليه[١]، ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل[٢] لفوات القبض، ويجوز[٣] في حصة النقد؛ لاستجماع شرائطه[٤]، ولا يشيع[٥] الفساد لأن الفساد طار[٦] إذ السلم وقع صحيحًا[٧]، ولهذا[٨] لو نقد رأس المال[٩] قبل الافتراق صح[١٠]، إلا أنه يبطل[١١] بالافتراق[١٢] لما بينا[١٣]، وهذا[١٤] لأن الدين لا يتعين في البيع، ألا ترى أنهما لو تبايعا عينًا بدين[١٥]،

منقطعًا، ثم اعلم أنه يشترط في السلم أن يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين، فلا يجوز في النقود، وأن لا يكون فيه خيار الشرط وأن لا يكون البدلان شاملين لإحدى علتي الربا. فقوله: وجملة الشروط لا يستقيم، كذا في "فتح القدير". (مولان عبد الحليم نور الله مرقده)

(١) قوله: "على المسلم إليه" إنما قيد بقوله: على المسلم إليه؛ لأنه لو قال: أسلمت إليك هذه المائة، والمائة التي على فلان يبطل العقد في الكل وإن نقد مائة، لأن اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد مفسد للعقد، وهذا فساد مقارن للعقد، فأوجب فساد الكل. (ك)

(٢) سواء أطلق المائتين ابتداء، أو أضاف العقد في أحدهما إلى الدين. (ع)

(٣) السلم.

(٤) السلم.

(٥) قوله: "ولا يشيع الفساد إلخ" جواب عن قول زفر، فإنه يقول: يشيع الفساد، ويبطل العقد في حصة النقد أيضًا، لأن هذا فساد قوي تمكن في صلب العقد يفسد به الكل. (عيني)

(٦) قوله: "لأن الفساد طار" لأن قبض رأس المال في المجلس شرط لبقاء العقد على الصحة، أما العقد في ذاته فقد وقع صحيحًا. (ك)

(٧) قوله: "إذ السلم وقع صحيحًا" أما إن أضاف العقد إلى مائتين مطلقة بأن قال: أسلمت لك مائتين في كذا، ثم جعل أحدهما الدين فظاهر، وأما إن أضاف العقد إلى الدين والعين جميعًا بأن قال: أسلمت مائة الدين، وهذه المائة في كذا فكذلك، لأن العقد لا يتقيد بالدين، ولو قيد به بدليل أن من اشترى عبدًا بدين، ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد إلا إذا كانا يعلمان عدم الدين، فيفسد لأمر آخر، وهو أنهما حينئذٍ هازلان بالبيع حيث عقدا بيعًا بلا ثمن. (ف)

(٨) أي لأن الفساد الطاري لا يفسد السلم.

(٩) الذي هو دين على المسلم إليه.

(١٠) إذ السلم وقع صحيحًا.

(١١) السلم.

(١٢) من غير قبض.

(١٣) من أنه افتراق عن دين بدين.

(١٤) قوله: "وهذا" إشارة إلى قوله: إذ السلم وقع صحيحًا لأن الدين لا يتعين في البيع بإضافة العقد إليه بل العقد يتعلق بجنس المضاف إليه، لأن النقود لا تتعين في العقود إذا كانت عينًا فكذا إذا كانت دينًا، فصار الإطلاق والتقييد سواء فيه. (مل)

(١٥) على البائع.

ثم تصادقا أن لا دين[١] لا يبطل البيع، فينعقد[٢] صحيحًا.

قال[٣]: ولا يجوز التصرف[٤] فی رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض.

أما الأول[٥] فلما فيه من تفويت القبض[٦] المستحق بالعقد[٧]، وأما الثانی[٨] فلأن المسلم فيه مبيع، والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز.

ولا يجوز الشركة[٩] والتولية في المسلم فيه، لأنه تصرف فيه[١٠]، فإن تقايلا السلم لم يكن له[١١] أن يشترى من المسلم إليه برأس المال شيئًا حتى يقبضه كله؛ لقوله عليه السلام[١٢]: «لا تأخذ إلا سلمك[١٣] أو رأس مالك»* أی[١٤] عند الفسخ، ولأنه[١٥] أخذ شبها بالمبيع، فلا يحل التصرف فيه[١٦] قبل قبضه، وهذا[١٧] لأن

(١) عليه.

(٢) البيع.

(٣) أی القدوری. (عينی)

(٤) بالبيع، أو الهبة، أو الوصية.

(٥) أی رأس المال. (ف)

(٦) قبل الافتراق. (ف)

(٧) وهو حق للشرع.

(٨) أی المسلم فيه. (ف)

(٩) قوله: "ولا يجوز الشركة إلخ" صورة الشركة أن يقول رب السلم لآخر: أعطنی نصف رأس المال حتى تكون شريكا فی المسلم فيه، وصورة التولية أن يقول رب السلم لآخر: أعطنی مثل ما أعطيت للمسلم إليه حتى يكون المسلم فيه لك، وأنه بيع بعض المبيع قبل القبض، أو بيع كله. (ك)

(١٠) قوله: "لأنه تصرف فيه" فإن قيل: ما وجه تخصيص الشركة والتولية بعد ذكر الأعم منهما وهو قوله: ولا يجوز التصرف إلخ، قلنا: إن أحدًا لا يشتری المسلم فيه مرابحة لكونه دينًا ولا وضيعة لكونها ضررًا ظاهرا، ولو اشترى إنما يشتريه بمثل ما اشتراه رب السلم رغبة فی كله وهو التولية، أو بعضه وهو الشركة، فخصهما ليتصور التصرف فيهما من هذا الوجه. (ن)

(١١) أی لرب السلم. (ف)

(١٢) قوله: "لقوله عليه السلام" رواه الدارقطنی فی "سننه" عن إبراهيم بن سعيد الجوهری بلفظ: «من أسلم فی شیء فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله»، كذا قال الزيلعی.

(١٣) أی المسلم فيه، وهذا عند بقاء العقد.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥١، والدراية ج٢، الحديث ٨٠٥ ص١٦٠. (نعيم)

(١٤) هذا تفسير من المصنف. (عينی)

(١٥) رأس المال.

(١٦) رأس المال.

(١٧) أی كون رأس المال شبيهًا بالمبيع.

الإقالة بيع جديد في حق ثالث[١]، ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعًا لسقوطه[٢]، فجعل رأس المال مبيعًا[٣]، لأنه دين مثله[٤]، إلا أنه لا يجب قبضه في المجلس[٥]، لأنه ليس في حكم الابتداء من كل وجه، وفيه[٦] خلاف زفر رحمه الله[٧]، والحجة عليه[٨] ما ذكرناه[٩]. قال[١٠]: ومن أسلم في كر حنطة[١١] فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرًا، وأمر رب السلم بقبضه[١٢] قضاء[١٣] لم يكن قضاء[١٤]، وإن أمره[١٥] أن يقبضه له، ثم يقبضه لنفسه، فاكتاله له، ثم اكتاله لنفسه جاز، لأنه

---

(١) قوله: "لأن الإقالة إلخ" يعني الإقالة بيع جديد في حق ثالث غير المتعاقدين، وهو الشرع، والبيع يقتضي وجود المعقود عليه، والمسلم فيه لا يصلح لذلك لسقوطه بالإقالة، فلا بد من جعل رأس المال مبيعًا ليرد عليه العقد، وإلا لكان ما فرضناه بيعًا لم يكن بيعًا هف باطل، وهو صالح لذلك لأنه دين مثل المسلم فيه، وجعل الدين مبيعًا ليس بمحال، وإذا كان شبيهًا بالمبيع والمبيع لا يتصرف فيه قبل القبض، فكذا ما أشبهه. (ع)

(٢) مسلم فيه.

(٣) استحسانًا.

(٤) مسلم فيه.

(٥) قوله: "إلا أنه إلخ" هذا الاستثناء لدفع السؤال، وهو أن الإقالة لما كانت بيعًا جديدًا في حق ثالث، فصار إقالة السلم كبيع السلم اعتبارًا لحكم الانتهاء بالابتداء، فينبغي أن يجب قبض رأس المال بعد الإقالة في مجلس الإقالة كما كان قبض رأس المال في المجلس شرطًا في ابتداء السلم.فقال: إلا أنه لا يجب قبضه في مجلس الإقالة، لأنه، أي لأن عقد الإقالة في كونه بيعًا ليس في حكم ابتداء عقد السلم، لأنه بيع من كل وجه في حق الكل، والإقالة بيع في حق ثالث، وفسخ في حق العاقدين، وليس من ضرورة اشتراط القبض في البيع من كل وجه الاشتراط فيه من وجه دون وجه، كذا في "النهاية" وغيرها. وتعقب عليه في العناية بأن التأمل يغني عن هذا السؤال، فلا حاجة إلى الجواب، لأن رأس المال لما صار معقودًا عليه أسقط اشتراط قبضه، فالسؤال بوجوب قبضه لا يرد، لكن المصنف دفع وهم من عسى أن يتوهم نظرا إلى كونه رأس المال وجوب قبضه، ولا ينظر إلى ما في الدليل السابق من انقلابه معقودًا عليه. تأمل. (مولانا عبد الحليم نور الله مرقده)

(٦) قوله: "وفيه" ى في جعل رأس المال بعد الإقالة مبيعًا خلاف زفر، هو يقول: رأس المال بعد الإقالة صار دينًا في ذمة المسلم إليه، فلما جاز الاستبدال لسائر الديون جاز بهذا الدين. (ع)

(٧) وما قال زفر هو القياس.

(٨) زفر.

(٩) من الحديث والمعقول، وهو قوله: وهذا لأن الإقالة بيع جديد إلخ.

(١٠) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١١) هو ستون قفيزًا.

(١٢) أي بقبض الكر.

(١٣) قوله: "قضاء" أي أداء لحقه، ولفظ ش رحمه الله "الجامع الصغير" أمر أن يعتقه اقتضاء لحقه، فاقتضاه لا يكون قبضًا حتى يكيله مرتين. (ن)

(١٤) قوله: "لم يكن قضاء" حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال المسلم إليه، ويطالب رب السلم بحقه. (ف)

(١٥) أي رب السلم.

اجتمعت الصفقتان[١] بشرط الكيل، فلا بد من الكيل مرتين[٢]، لنهى النبى عليه السلام عن بيع الطعام* حتى يجرى فيه صاعان[٣]، وهذا هو محمل الحديث على ما مر[٤]، والسلم[٥] وإن[٦] كان سابقًا لكن قبض المسلم فيه لاحق، وأنه بمنزلة ابتداء البيع[٧]، لأن العين[٨] غير الدين حقيقة وإن جعل عينه فى حق حكم خاص[٩]، وهو حرمة الاستبدال[١٠]، فيتحقق[١١] البيع بعد الشرى، وإن لم يكن[١٢] سلمًا وكان قرضًا[١٣] فأمره بقبض الكر[١٤] جاز، لأن القرض إعارة، ولهذا[١٥] ينعقد بلفظ الإعارة، فكان المردود عين المأخوذ[١٦] مطلقًا[١٧] حكمًا[١٨]، فلا يجتمع

---

(١) قوله: "الصفقتان" أحدهما صفقة عقد السلم، والثانية التى جرت بين المسلم إليه وبائعه. (ف)

(٢) قوله: "فلا بد إلخ" والفقه فيه أن المستحق بالعقد ما سمى به وهو الكر، وهو إنما يتحقق بالكيل، فكان الكيل معينًا للمستحق بالعقد، وهذان عقدان ومشتريان، فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه. (ف)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥١، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٠٥ ص١٦١. (نعيم)

(٣) صاع البائع وصاع المشترى. (ف)

(٤) قوله: "على ما مر" وهو ما ذكر فى الفصل المتصل بباب المرابحة والتولية بقوله: ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين. (ن)

(٥) قوله: "والسلم إلخ" جواب سؤال مقدر بأن بيع المسلم إليه من رب السلم كان سابقًا على شرى المسلم إليه من بائعه، فلا يكون المسلم إليه بائعًا عند الشرى، فلم يجتمع الصفقتان، فلا يدخل تحت النهى. (ن)

(٦) الواو وصلية.

(٧) قوله: "وأنه بمنزلة ابتداء البيع" أى كأنهما جددا العقد على ذلك المقبوض، وإنما قال: أن القبض بمنزلة ابتداء البيع لأن المسلم فيه دين فى ذمته، والمقبوض عين، وهو غير الدين. (مل)

(٨) المقبوض.

(٩) قوله: "وإن [الواو وصلية] جعل عينه [أى عين الدين] إلخ" أى وإن جعل المقبوض عين ما تناوله العقد فى حكم خاص للعقد، وهو حرمة الاستبدال، إذ لو جعل غيره لكان استبدالا بالمسلم فيه، وهو حرام، وأما فيما وراءه فهو غيره حقيقة، فصار بائعًا ما اشترى مكايلة قبل الكيل، فيبطل. (ك)

(١٠) قبل القبض.

(١١) قوله: "فيتحقق إلخ" أى فيتحقق بيع المسلم إليه من رب السلم بعد شراء المسلم إليه من بائعه، فقد اجتمعت الصفقتان. (مل)

(١٢) الكر.

(١٣) قوله: "وكان قرضًا إلخ" يعنى إذا استقرض كرًا، ثم اشترى المستقرض كرًا من الغير، ثم أمر المستقرض المقرض بقبض ذلك الكر جاز، ويكتفى بكيل واحد لأن القرض إلخ. (ن)

(١٤) ولم يقل: اقبضه لى ثم اقبضه لنفسك. (ف)

(١٥) أى لكونه إعارة.

(١٦) المقبوض سابقًا.

الصفقتان. قال[١]: ومن أسلم في كر، فأمر رب السلم أن يكيله[٢] المسلم إليه فى غرائر[٣] رب السلم، ففعل[٤] وهو[٥] غائب[٦] لم يكن قضاء[٧]؛ لأن الأمر بالكيل لم يصح، لأنه لم يصادف[٨] ملك الآمر[٩]، لأن حقه فى الدين دون العين[١٠]، فصار المسلم إليه مستعيراً للغرائر منه، وقد جعل[١١] ملك نفسه فيها[١٢]، فصار كما لو كان عليه دراهم دين، فدفع[١٣] إليه[١٤] كيساً ليزنها[١٥] المديون فيه[١٦] لم يصر[١٧] قابضاً. ولو كانت الحنطة مشتراة[١٨]، والمسألة بحالها[١٩] صار[٢٠] قابضاً، لأن الأمر

---

(١٧) سواء كان فى حق الاستبدال أو غيره.

(١٨) قوله: "حكماً إلخ" أى حكماً للشرع وإلا يلزم تمليك الشيء بجنسه نسيئة وهو ربا، فلا يجتمع الصفقتان بشرط الكيل، فيجب كيل واحد للمشترى بحق الوكالة. (مل)

(١) أى محمد. (عينى)

(٢) أى ذلك الكر.

(٣) غرارة بالتاء لا بالفتح جوال غرائر جمع. (من)

(٤) أى كان المسلم إليه الكر فى غرائر رب السلم. (ن)

(٥) الواو حالية.

(٦) قوله: "وهو غائب" والتقييد بغيبته لأنه لو كان فيها رب السلم حاضراً يصير قابضاً بالاتفاق سواء كانت الغرائر له أو للبائع. (ف)

(٧) قوله: "لم يكن قضاء [حتى لو هلك هلك من مال المسلم إليه. ن]" هذا إذا لم يكن فى غرائر رب السلم طعام بلا تردد، فإن كان قبل لا يصير قابضاً لما قررنا أن أمره غير معتبر فى ملك الغير، قال فى "المبسوط": والأصح عندى أنه يصير قابضاً، لأن أمره بخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يتميز معتبر، فيصير قابضاً. (ف)

(٨) نيافت.

(٩) أى رب السلم.

(١٠) قوله: "لأن حقه إلخ" الحاصل أن حق رب السلم فى الدين لا فى العين والدين وصف ثابت فى الذمة، وجعله فى غرائر رب السلم محال، فالأمر بالكيل لم يصادف ملك الآمر إنما صادف عيناً مملوكاً للبائع. (مل)

(١١) المسلم إليه.

(١٢) فلم يصر رب السلم قابضاً.

(١٣) الدائن.

(١٤) أى إلى المديون.

(١٥) الدراهم.

(١٦) أى فى الكيس.

(١٧) الدائن.

(١٨) أى غير مسلم فيها. (ف)

قد صح حيث صادف[١] ملكه[٢]، لأنه ملك العين بالبيع، ألا ترى[٣] أنه لو أمره[٤] بالطحن[٥] كان الطحين[٦] فى السلم للمسلم إليه[٧]، وفى الشرى للمشترى لصحة الأمر[٨]، وكذا إذا أمره[٩] أن يصبه[١٠] فى البحر فى السلم يهلك من مال المسلم إليه[١١]، وفى الشرى من مال المشترى، ويتقرر الثمن عليه[١٢] لما قلنا[١٣]، ولهذا[١٤] يكتفى بذلك الكيل فى الشرى فى الصحيح[١٥]، لأنه[١٦] نائب عنه فى الكيل، والقبض بالوقوع فى غرائر المشترى.

ولو أمره[١٧] فى الشرى أن يكيله فى غرائر البائع، ففعل[١٨] لم يصر[١٩] قابضًا،

---

(١٩) قوله: "والمسألة بحالها" وهى أنه دفع غرائره إلى البائع وقال: اجعلها فيها، ففعل والمشترى حاضر أو غائب، صار قابضًا لأنه حينئذٍ يصير البائع وكيلا عنه فى إمساك الغرائر، فبقيت الغرائر فى يد المشترى حكمًا، فصار الواقع فيها واقعًا فى يد المشترى حكمًا، لأن فعل نائبه كفعله حتى لو كانت الغرائر للبائع لم يصر قابضًا. (عينى)

(٢٠) لا لمشترى.

(١) الأمر.

(٢) أى المشترى.

(٣) توضيح لتملكه بالبيع.

(٤) البائع.

(٥) آرد كردن غلة وغيره. (غث)

(٦) آرد تيار كردن أى الدقيق. (ن)

(٧) لأن الأمر بالطحن فى السلم لا يصح لأنه لاقى ملك المسلم إليه، ولا يكون لرب السلم أن يأخذه، لأنه حينئذٍ يعتبر مستبدلا. (ك)

(٨) لأنه لاقى ملك المشترى.

(٩) البائع.

(١٠) المبيع.

(١١) لأن أمره لا يصح.

(١٢) أى على المشترى.

(١٣) من صحة الأمر.

(١٤) أى لكون الأمر قد صح.

(١٥) قوله: "فى الصحيح" احتراز عما قيل: لا يكتفى بكيل واحد تمسكًا بظاهر ما روى أنه عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان، صاع البائع وصاع المشترى. (ن)

(١٦) قوله: "لأنه" أى لأن البائع نائب عن المشترى فى الكيل، والقبض يتحقق ويثبت بالوقوع فى غرائر المشترى كأن هذا جواب إشكال بأن يقال: البائع مسلم ويكون متسلمًا قابضًا. (نهاية)

(١٧) أى المشترى البائع.

لأنه[١] استعار غرائره، ولم يقبضها[٢]، فلا تصير الغرائر في يده،[٣] فكذا ما يقع فيها[٤]، وصار كما لو أمره[٥] أن يكيله[٦]، ويعزله[٧] في ناحية من بيت البائع، لأن البيت بنواحيه في يده[٨]، فلم يصر المشترى قابضًا[٩].

ولو اجتمع الدين والعين[١٠]، والغرائر[١١] للمشترى إن بدأ[١٢] بالعين صار[١٣] قابضًا[١٤]، أما العين فلصحة الأمر[١٥] فيه[١٦]، وأما الدين فلاتصاله[١٧] بملكه[١٨]، وبمثله[١٩] يصير[٢٠] قابضًا، كمن استقرض حنطة وأمره[٢١] أن يزرعها في أرضه،

---

(١٨) بغيبته. (ف)

(١٩) المشترى.

(١) المشترى.

(٢) قوله: "ولم يقبضها" والعارية تبرع، فلا تتم بدون القبض، فلم يصر المشترى قابضًا، لأنه مستعير لم يقبض، فلا تصير إلخ. (ن)

(٣) مشترى.

(٤) غرائر.

(٥) أى المشترى البائع.

(٦) الكر ففعل بغيبته. (ف)

(٧) جدا نمايد كردن.

(٨) البائع.

(٩) لأنه مستعير لم يقبض. (ع)

(١٠) أى اشترى كرًا معينًا، وله على البائع كر آخر دين، وهو المسلم فيه. (عينى)

(١١) قوله: "والغرائر" أى والحال أن الغرائر للمشترى، وأمره أن يجعل الدين والعين فيها. (عينى)

(١٢) بائع.

(١٣) المشترى.

(١٤) للعين والدين كليهما.

(١٥) قوله: "فلصحة الأمر [ففعل المأمور كفعل الآمر]" ورد بأنه لا يصلح نائبًا عن المشترى فى القبض كما لو وكله بذلك نصًا، وأجيب بأنه يثبت ضمنا، وإن لم يثبت قصدًا. (عناية)

(١٦) لمصادفة الملك. (ع)

(١٧) دين بالرضاء. (ع)

(١٨) مشترى.

(١٩) أى بمثل اتصال الدين بملك المشترى رضاء.

(٢٠) قوله: "وبمثله يصير إلخ" لأن القبض تارةً بيده، أو بتخلية منه، ومرة باتصاله بملكه، فإن قيل: أليس أن الصباغ إذا صبغ الثوب لا يصير المستأجر وهو رب الثوب قابضًا باعتبار هذا الاتصال، فلم يصر قابضًا ههنا باعتباره. قلنا: المعقود عليه ثمة الفعل وهو الصبغ لا العين، وهو الصبغ والفعل لا يجاوز الفاعل، لأنه عرض لا

وكمن دفع إلى صائغ خاتمًا، وأمره[١] أن يزيده من عنده نصف دينار[٢]، وإن بدأ بالدين[٣] لم يصر[٤] قابضًا[٥]، أما الدين فلعدم صحة الأمر[٦]، وأما العين فلأنه[٧] خلطه[٨] بملكه[٩] قبل التسليم، فصار[١٠] مستهلكًا[١١] عند أبي حنيفة رحمه الله، فينتقض البيع[١٢]، وهذا الخلط[١٣] غير مرضى به من جهته[١٤] لجواز أن يكون مراده البداية بالعين[١٥]، وعندهما هو[١٦] بالخيار إن شاء نقض البيع، وإن شاء شاركه[١٧] في المخلوط، لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما.

قال[١٨]: ومن أسلم جارية في كر حنطة[١٩]، وقبضها[٢٠] المسلم إليه، ثم

يقبل الانتقال عن محله، فلم يتصل المعقود عليه بالثوب، فلم يصر به قابضًا. (كفاية)

(٢١) قوله: "وأمره إلخ" أى أمر المستقرض المقرض أن يزرع الحنطة فى أرض المستقرض، فزرع صار المستقرض قابضًا بحكم اتصاله بملكه. (ملخصات)

(١) الصائغ.

(٢) فيصير قابضًا للنصف بحكم اتصاله بملكه. (ن)

(٣) المسلم فيه.

(٤) المشترى.

(٥) الدين والعين كليهما.

(٦) لعدم مصادفة الملك لأن حقه فى الدين لا فى العين، وهذا عين. (ع)

(٧) البائع.

(٨) بحيث لا يميز.

(٩) بالعود.

(١٠) البائع.

(١١) للمبيع.

(١٢) لهلاك المبيع قبل القبض. (ف)

(١٣) قوله: "وهذا الخلط إلخ" جواب سؤال ذكر فى "الفوائد الظهيرية"، فإن قيل: الخلط حصل بإذن المشترى، فينبغى أن لا ينتقض البيع. قلنا: إن الخلط على هذا الوجه لم قلت بأنه حصل بإذن المشترى بل الخلط على وجه يصير الآمر قابضًا حصل بإذنه، وهو إذا بدأ بالعين. (ك)

(١٤) المشترى.

(١٥) قوله: "لجواز إلخ" كلامه فى قوة المنع كأنه قال: لا نسلم أن هذا الخلط غير مرضى به، وقوله: لجواز إلخ سند المنع، فاستقام الكلام. (ع)

(١٦) المشترى.

(١٧) البائع.

(١٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٩) قوله: "ومن أسلم إلخ" الأصل فى جنس هذه المسائل أن فى بيع المقايضة، وهو بيع ما يتعين بما يتعين

تقايلا[١]، فماتت في يد المشترى[٢] فعليه قيمتها[٣] يوم قبضها، ولو تقايلا[٤] بعد هلاك الجارية جاز[٥]؛ لأن صحة الإقالة تعتمد بقاء العقد[٦]، وذلك بقيام المعقود عليه، وفى السلم المعقود عليه إنما هو المسلم فيه[٧]، فصحت الإقالة حال بقاءه، وإذا جاز[٨] ابتداء أولى أن يبقى انتهاء، لأن البقاء أسهل[٩]، وإذا انفسخ العقد[١٠] فى المسلم فيه انفسخ[١١] فى الجارية تبعًا، فيجب عليه ردها، وقد عجز[١٢]، فيجب عليه رد قيمتها[١٣]. ولو اشترى[١٤] جارية بألف درهم، ثم تقايلا، فماتت[١٥] فى يد المشترى

هلاك أحدهما لا يمنع ابتداء الإقالة، ولا بقاءها، وهلاكهما يمنع الإقالة ابتداء وبقاء، لأن فى المقايضة العقد قائم بقيام أحد العوضين، لأن قيام العقد عند قيامهما، لأن أحدهما لا يتعين لإضافة القيام إليه، وإذا كان قيام العقد بقيامهما لا يبطل العقد بهلاك أحدهما لما عرف أن الثابت بالشيئين لا يزول بزوال أحدهما، فيكون قائمًا بقيام أحدهما، فيصح الإقالة. وفى بيع ما يتعين بما لا يتعين قيام العقد بما يتعين، لأن ما يتعين له ضرب مزية على مالا يتعين، لأن ما يتعين مال حقيقة وحكمًا، وما لا يتعين مال حكمًا لا حقيقة، لأنه دين. وفى بيع ما لا يتعين بما لا يتعين، وهو الصرف يصح الإقالة، وإن هلكا، أو هلك أحدهما لأن انعقاد العقد لا يتعلق بهما ابتداء، فكذا فى الانفساخ بقاء، لأن قيام العقد بما يجب فى الذمة لا بما فى اليد. (ك)

(٢٠) الجارية.

(١) السلم.

(٢) قوله: "فى يد المشترى" أى المسلم إليه، وإنما سماه مشتريًا نظرًا إلى اشترائه الجارية بالحنطة التى هى دين. (ن)

(٣) ولم يبطل الإقالة بهلاكها. (ع)

(٤) السلم.

(٥) والقول فى القيمة قول المطلوب، والبينة بينة الطالب. (ن)

(٦) لأنها فسخ العقد، وفسخ العقد بدون العقد لا يكون. (ك)

(٧) لأنه مبيع. (ن)

(٨) قوله: "وإذا جاز إلخ" أى إذا جازت الإقالة بعد هلاك الجارية فى المسألة الثانية فلأن يبقى الإقالة بعد هلاك الجارية فى الأولى بالطريق الأولى. (ن)

(٩) من الابتداء.

(١٠) قوله: "وإذا انفسخ [بالإقالة] إلخ" هذا جواب من يقول: إن الانفساخ فى حق الجارية الميتة كيف يتحقق، وأنه ليس بمحل لذلك، فقال: الانفساخ بطريق التبعية، وكم من شىء يثبت تبعًا، ولا يثبت قصدًا. (عينى)

(١١) العقد.

(١٢) أى المسلم إليه عن رد الجارية بسبب موتها.

(١٣) قوله: "رد قيمتها" وقامت قيمة الجارية مقام الجارية، فكان أحد العوضين قائمًا، فلا يرد ما قيل: الجارية قد هلكت والمسلم فيه سقط بالإقالة، فصار كهلاك العوضين فى المقايضة، وهو يمنع الإقالة. (عناية)

(١٤) من غير مسلم.

(١٥) الجارية.

بطلت الإقالة، ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة[١]؛ لأن المعقود عليه فى البيع إنما هو الجارية، فلا يبقى العقد بعد هلاكها، فلا يصح الإقالة ابتداء، فلا تبقى[٢] انتهاء لانعدام محله، وهذا[٣] بخلاف بيع المقايضة حيث يصح الإقالة[٤]، وتبقى[٥] بعد هلاك أحد العوضين، لأن كل واحد منهما[٦] مبيع فيه.

قال[٧]: ومن أسلم[٨] إلى رجل دراهم في كر حنطة، فقال المسلم إليه: شرطت رديا، وقال رب السلم: لم تشترط شيئًا، فالقول قول المسلم إليه[٩]؛ لأن رب السلم متعنت[١٠] فى إنكاره[١١] الصحة[١٢]، لأن المسلم فيه يربو[١٣] على رأس المال فى العادة، وفى عكسه[١٤] قالوا[١٥]: يجب[١٦] أن يكون القول لرب السلم عند

---

(١) أيضًا.

(٢) الإقالة.

(٣) أى الذى ذكرناه.

(٤) ابتداء.

(٥) الإقالة.

(٦) العوضين.

(٧) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٨) قوله: "ومن أسلم إلخ" الأصل فى جنس هذه المسائل إنهما إذا اختلفا فى الصحة، فإن خرج كلام أحدهما مخرج التعنت، وهو أن ينكر ما ينفعه كان باطلا اتفاقًا، والقول قول من يدعى الصحة، وإن خرج مخرج الخصومة، وهو أن ينكر ما يضره، فقال أبو حنيفة رحمه الله: القول قول من يدعى الصحة إذا اتفقا على عقد واحد وإن كان خصمه المنكر، وقالا: القول قول المنكر وإن أنكر الصحة. (ف)

(٩) قوله: "قول المسلم إليه" لأنهما اتفقا على عقد واحد، واختلفا فيما لا يصح العقد بدونه، وهو بيان الوصف، فمن يدعيه يدعى صحة العقد، فكان الظاهر شاهدًا له، لأن الظاهر من حالهما مباشرة العقد على وجه الصحة دون الفساد، والقول قول من شهد له الظاهر، لأنه أقرب إلى الصدق. (ن)

(١٠) قوله: "متعنت" المتعنت لغة من يطلب العنت، وهو وقوع الإنسان فيما لا يستطيع الخروج عنه، والمراد بالمتعنت شرعًا من ينكر ما ينفعه، والمخاصم من ينكر ما يضره. كذا فى الفوائد الظهيرية. (ن)

(١١) إذ لا بد فى صحة السلم من بيان الصفة.

(١٢) أى صحة السلم.

(١٣) قوله: "يربو [أى يزيد]" فإن قيل: لا نسلم بل رأس المال خير وإن قل من المسلم فيه وإن جل، لأن ذلك نقد، وهذا نسيئة. قلنا: نعم كذلك إلا أن ذلك متروك ههنا بالعرف والعادة، فإن الناس مع وفور عقولهم يقدمون على عقد السلم، وما ذلك إلا لفائدة زائدة زادها فيه، فكان إلغاء مزية النقد بمقابلة فائدة زائدة زادها فى المسلم فيه مع كونه نسيئة. (ن)

(١٤) قوله: "وفى عكسه" يعنى المسلم إليه ينكر بيان الوصف، ورب السلم يدعى. (ن)

(١٥) قوله: "قالوا" أى لم يذكره محمد فى "الجامع الصغير"، والمتأخرون من المشايخ قالوا إلخ. (ع)

أبى حنيفة رحمه الله، لأنه يدعى الصحة وإن[١] كان صاحبه منكرًا، وعندهما القول للمسلم إليه، لأنه منكر وإن[٢] أنكر الصحة، وسنقرره من بعد[٣]، إن شاء الله تعالى. ولو قال المسلم إليه: لم يكن له أجل، وقال رب السلم: بل كان له أجل فالقول قول رب السلم[٤]، لأن المسلم إليه متعنت فى إنكاره حقًا له وهو الأجل، والفساد لعدم الأجل[٥] غير متيقن لمكان الاجتهاد[٦]، فلا يعتبر النفع فى رد رأس المال. بخلاف عدم الوصف[٧]، وفى عكسه[٨] القول لرب السلم عندهما، لأنه ينكر حقًا[٩] عليه، فيكون القول قوله وإن[١٠] أنكر الصحة، كرب المال إذا قال للمضارب: شرطت لك نصف الربح[١١] إلا عشرة[١٢]، وقال المضارب: لا بل

(١٦) قوله: "يجب إلخ" لأن الظاهر شاهد له لأنه العقد الفاسد معصية، والظاهر من حال المسلم التحرز عن المعصية. (عينى)

(١) الواو وصلية.

(٢) الواو وصلية.

(٣) قوله: "وسنقرره من بعد [فيه تسامح، فإن السين لا تستعمل للبعيد، والمطابق ونقرره. عناية]" وهو قوله: بعد خطوط القول لرب السلم عندهما، لأنه ينكر حقًا عليه إلخ. (ن)

(٤) بالاتفاق. (ف)

(٥) قوله: "والفساد إلخ" جواب عن سؤال مقدر، وهو أن يقال: ينبغى أن لا يكون المسلم إليه متعنتا فى إنكاره الأجل، لأنه يرد رأس المال لفساد العقد لعدم الأجل، وبرد رأس المال يبقى له المسلم فيه، والمسلم فيه خير من رأس المال، وأنفع منه. (عينى)

(٦) قوله: "الاجتهاد" يعنى أن فساد السلم بسبب ترك ذكر الأجل مجتهد فيه، فإن السلم الحال جائز عند الشافعى، فلما لم يكن فساده قطعا عند ترك الأجل لم يلزم من إنكار الأجل رد رأس المال، فلا يكون النفع حاصلا للمسلم إليه بهذا الإنكار من كل وجه، فلم يعتبر نفع رد رأس المال، فكان متعنتًا لإنكاره النفع الظاهر، وهو الأجل، كذا فى "النهاية". وتعقب عليه بأن بناء المسألة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها كالشافعى رحمه الله غير صحيح، والصحيح أن يقال: لأن الاختلاف كان ثابتًا بين الصحابة، لكن هذا مبنى على ثبوته بين الصحابة. وقال ابن الهمام: هربًا عن القدح لأن السلم الحال جائز عند بعض المجتهدين. (مولانا عبد الحليم)

(٧) قوله: "بخلاف عدم الوصف [كالرداءة ونحوها. ف]" أى لو قال المسلم إليه: شرطت لك رديئًا، وقال رب السلم: لم تشترط شيئًا، وهى المسألة الأولى كان القول قول المسلم إليه، لأن فساد السلم بترك الوصف متيقن به غير مجتهد فيه، فكان رب السلم متعنتًا. (ن)

(٨) أى ادعى المسلم إليه الأجل وأنكره رب السلم.

(٩) وهو زيادة الربح. (ف)

(١٠) الواو وصلية.

(١١) قوله: "نصف الربح إلخ" ووقع فى بعض النسخ نصف الربح وزيادة عشرة، وهى غلط لأنه على هذا التقدير القول للمضارب، لأن إنكاره الزيادة على ذلك التقدير لا على هذا. (ف)

(١٢) بالاستثناء.

شرطت لى نصف الربح، فالقول لرب المال، لأنه ينكر استحقاق الربح وإن[١] أنكر الصحة[٢]، وعند أبى حنيفة رحمه الله القول للمسلم إليه، لأنه يدعى الصحة وقد اتفقا[٣] على عقد واحد[٤]، فكانا متفقين على الصحة ظاهراً[٥]. بخلاف[٦] مسألة المضاربة[٧]، ولأنه ليس بلازم[٨]، فلا يعتبر الاختلاف فيه[٩]، فبقى مجرد دعوى استحقاق الربح، أما السلم فلازم، فصار الأصل[١٠] أن من خرج كلامه تعنتًا فالقول لصاحبه[١١] بالاتفاق[١٢]، وإن خرج[١٣] خصومة[١٤]، ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعى الصحة عنده، وعندهما للمنكر وإن[١٥] أنكر الصحة.

قال[١٦]: ويجوز السلم فى الثياب إذا بين[١٧] طولا وعرضًا، ورقعة[١٨]؛ لأنه

---

(١) الواو وصلية.

(٢) أى صحة العقد.

(٣) المتعاقدان، واختلفا فى جوازه وفساده. (ع)

(٤) لأن السلم عقد واحد، إذ السلم الحال فاسد ليس بعقد آخر. (ع)

(٥) إذ الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة. (ع)

(٦) قوله: "بخلاف [جواب عن قياسهما المسألة المذكورة على مسألة المضاربة] إلخ" يعنى أن عقد المضاربة إذا صح كان شركة، وإذا فسد صار إجارة، فلم يتفقا على عقد واحد، فإن مدعى الفساد يدعى إجارة، ومدعى الصحة يدعى الشركة، فكان اختلافهما فى نوع العقد، بخلاف السلم فى الحال، وهو ما يدعى منكر الأجل، فإنه سلم فاسد. لا عقد آخر، ولهذا يحنث به فى يمينه: لا يسلم فى شيء، فقد اتفقا على عقد واحد، واختلفا فى صحته وفساده، فالقول لمدعى الصحة. (ف)

(٧) أى لم يتفقا فيها على عقد واحد لأن الفاسد منها يكون إجارة. (ك)

(٨) قوله: "ولأنه إلخ" فرق آخر بين عقد السلم وعقد المضاربة باللزوم وعدمه، والأول فرق آخر باتحاد العقد وتعدده دل عليه قوله: وقد اتفقا على عقد واحد إلخ. (ك)

(٩) قوله: "فلا يعتبر إلخ" أى عقد المضاربة ليس بعقد لازم، لأن كل واحد من رب المال والمضارب يتمكن من فسخه بعد عقد المضاربة، وإذا كان غير لازم يرتفع العقد باختلاف العاقدين، وإذا ارتفع بقى دعوى المضارب فى مال رب المال، فالقول للمنكر، وهو رب المال، أما السلم فعقد لازم، فبالاختلاف لا يرتفع، وإنما يرتفع عند رفعهما معاً، فكان مدعى الفساد متعنتاً، لأنه لا فائدة فى إنكاره، فكان القول قول من يدعى الصحة. (ن)

(١٠) أى القاعدة الكلية.

(١١) وهى مدعى الصحة.

(١٢) لأن كلام المتعنت مردود.

(١٣) كلامه.

(١٤) أى من حيث الخصومة بأن ينكر ما يضره.

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) أى القدورى. (عينى)

أسلم فی معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا[١]، وإن كان ثوب حرير[٢] لا بد من بيان وزنه أيضًا، لأنه مقصود فيه[٣].

ولا يجوز السلم فی الجواهر[٤]، ولا فی الخرز[٥]؛ لأن آحادها تتفاوت[٦] تفاوتًا فاحشًا، وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنًا[٧] يجوز السلم، لأنه مما يعلم بالوزن[٨]. ولا بأس بالسلم فی اللبن[٩] والآجر[١٠] إذا سمى ملبنًا[١١] معلومًا؛ لأنه عددى[١٢] متقارب، لا سيما إذا سمي الملبن.

قال[١٣]: وكل ما أمكن ضبط صفته[١٤]، ومعرفة مقداره[١٥] جاز السلم[١٦] فيه؛ لأنه لا يفضى إلى المنازعة، وما لا يضبط صفته، ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم

---

(١٧) بعد ذكر الجنس والنوع والصفة.

(١٨) قوله: "ورقعة [أى غلظة وثخانة]" يقال: رقعة هذا الثوب جيدة يراد به غلظه وثخانته. (ك)

(١) عند قوله فی أول الباب: وكذا فی المذروعات.

(٢) هو المتخذ من الإبريسم. (ع)

(٣) قوله: "لأنه [مع الطول والعرض] مقصود فيه [أى فی الحرير]" لأن الحرير كلما خف وزنه ازدادت قيمته، وكذا الديباج فإنه كلما ثقل وزنه ازدادت قيمته. (مل)

(٤) قوله: "ولا يجوز إلخ" العددى الذى يتفاوت آحاده فی المالية كالجواهر واللآلئ، والرمان والبطيخ، لا يجوز فيه السلم لإفضاءه إلى النزاع، والذى لا يتفات آحاده كالجوز والبيض جاز إذا كان من جنس واحد. (ع)

(٥) قوله: "الخرز [هو الذى ينظم وخرزات الملك جواهر تاجه]" خرزه بفتحتين مهره، وخرز، بفتحتين مهرها، وخرزات الملك جواهر تاج، ورسم چنان بود كه هر سال بادشاهان جوهرى باقيمت بر تاج مى نشانيدند تا عدد سالهاى پادشاهى ازان معلوم شود. (منتخب)

(٦) قوله: "تتفاوت" أى فی المالية فإن الجوهرتين قد تتحدان وزنًا، ويختلف قيمتهما باعتبار حسن الهيئة. (ف)

(٧) للكحل والتداوى وتدق وتجعل فی الدواء. (ف)

(٨) فلا يتفاوت فی المالية. (ع)

(٩) لبنة واحد خشت خام.

(١٠) خشت پخته.

(١١) قوله: "ملبنا [آلة]" ملبن كمنبر قالب الطين قاموس، فهو بفتح الباء. (رد المحتار)

(١٢) قوله: "لأنه عددى إلخ" يعنى إذا سمى الملبن صار التفاوت بين لبن ولبن يسيرًا، فيكون ساقط الاعتبار، فيلحق بعددى متقارب. (ع)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) قوله: "وكل ما أمكن إلخ" هذه قاعدة كلية تشمل جميع جزئيات ما يجوز، وما لا يجوز، والمقصود فی الفقه معرفة المسائل الجزئية، فقدم الفروع ثم يذكر ما هو الأصل، كذا فی "العناية". (مل)

(١٥) كالقطن، والكتان، والإبريشم، والنحاس، والحديد، والرصاص، والصفر. (ف)

(١٦) قوله: "جاز السلم" كالأصناف الأربعة من المكيلات، والموزونات، والمذروعات، والعدديات المتقاربة.

فيه؛ لأنه دين وبدون الوصف يبقي مجهولا جهالة تفضي إلى المنازعة.

ولا بأس بالسلم في طست[١]، أو قمقمة، أو خفين، أو نحو ذلك[٢] إذا كان يعرف، لاجتماع شرائط السلم، وإن كان لا يعرف، فلا خير[٣] فيه، لأنه دين مجهول.

قال[٤]: وإن استصنع شيئًا[٥] من ذلك[٦] بغير أجل[٧] جاز استحسانًا[٨] للإجماع الثابت بالتعامل[٩]، وفي القياس لا يجوز، لأنه بيع المعدوم[١٠].

والصحيح أنه يجوز بيعًا لا عدة[١١]، والمعدوم قد يعتبر موجودًا حكمًا[١٢]، والمعقود عليه[١٣] العين[١٤] دون العمل، حتى لو جاء به مفروغًا عنه لا من صنعته، أو

---

(١) طشت.

(٢) كالكوز والقلنسوة وغيرهما.

(٣) أي لا يجوز. (ع)

(٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٥) قوله: "وإن استصنع [الاستصناع طلب الصنعة. ف] إلخ" صورة الاستصناع أن يجيء إنسان إلى صانع فيقول: اصنع لي شيئًا صورته كذا، وقدره كذا بكذا درهما، وسلم إليه جميع الدراهم، أو بعضها، أو لا يسلم. (ع)

(٦) طشت، وقمقمة، وخف وغيره.

(٧) ولما لم يضرب له أجل فليس بسلم.

(٨) قوله: "استحسانًا" وجه الاستحسان أن النبي عليه السلام استصنع خاتمًا ومنبرًا، ولأن المسلمين تعاملوه من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير، فنزل منزلة الإجماع. (ك)

(٩) على الاتفاق. (ك)

(١٠) وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع المعدوم. (ك)

(١١) قوله: "لا عدة" وكان الحاكم الشهيد يقول: الاستصناع مواعدة، وإنما ينعقد العقد بالتعاطي إذا جاء به مفروغًا عنه، ولهذا يثبت الخيار لكل واحد منهما، والصحيح عند الجمهور أنه بيع لأن محمد رحمه الله سماه شراء، فقال: كان المستصنع إذا رآه بالخيار، لأنه اشترى مالم يره، وذكر فيه القياس والاستحسان، وفصل بين ما فيه تعامل، وبين مالا تعامل فيه، والمواعيد تجوز قياسًا واستحسانًا في الكل. (ك)

(١٢) قوله: "والمعدوم إلخ" هذا جواب عما يقال: كيف يجوز أن يكون بيعًا، والمعدوم لا يصلح أن يكون مبيعًا. وتقرير الجواب: أن المعدوم قد يعتبر موجودًا حكمًا، أي من حيث الحكم كالناسي للتسمية عند الذبح، فإن التسمية جعلت موجودة بعذر النسيان، فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجودًا حكمًا لتعامل الناس. (عيني)

(١٣) قوله: "والمعقود عليه إلخ" جواب عما يقال: إنما يصح ذلك أن لو كان المعقود عليه هو المستصنع، والمعقود عليه هو الصنع، بأن المعقود عليه هو العين، لأن المقصود هو المستصنع دون العمل، وفيه نفي لقول أبي سعيد البردعي، فإنه يقول: المعقود عليه العمل، لأن الاستصناع استفعال من الصنع، وهو العمل، فتسمية العقد به يدل على أنه معقود عليه، والأديم آلة العمل، وإنما ينعقد بيعًا عند التسليم، والصحيح أن المعقود عليه هو العين، حتى لو جاء به، أي لو جاء الصانع الذي يعمل بالمستصنع حال كونه مفروغًا عنه إلخ. (مل)

من صنعته قبل العقد، فأخذه[١] جاز، ولا يتعين[٢] إلا بالاختيار[٣] حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز[٤]، وهذا كله هو الصحيح[٥].

قال: وهو[٦] بالخيار[٧] إن شاء أخذه، وإن شاء تركه؛ لأنه اشترى شيئًا لم يره، ولا خيار للصانع، كذا ذكره في "المبسوط"، وهو الأصح[٨]؛ لأنه باع ما لم يرَه[٩]. وعن أبي حنيفة رحمه الله أن له[١٠] الخيار أيضًا[١١]، لأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر[١٢]، وهو قطع الصرم[١٣]، وغيره[١٤]. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا خيار لهما[١٥]، أما الصانع فلما ذكرنا[١٦]، وأما المستصنع فلأن في إثبات الخيار له إضرارا بالصانع، لأنه لا يشتريه غيره بمثله[١٧]، ولا يجوز[١٨] فيما لا تعامل

---

(١٤) المستصنع فيه.

(١) المستصنع.

(٢) المستصنع.

(٣) من المستصنع.

(٤) ولو تعين لما جاز بيعه قبل رؤيته.

(٥) قوله: "وهذا كله هو الصحيح" راجع إلى قوله: أنه يجوز بيعًا لا عدة، والمعقود عليه العين دون العمل، وقوله: لا يتعين إلا بالاختيار لما أن في كل واحد منها قولا آخر.

فإن قيل: لو كان بيعًا لما بطل بموت الصانع أو المستصنع، قلنا: للاستصناع شبه بالإجارة من حيث إن فيه طلب الصنع، وهو العمل، وشبه بالبيع من حيث إن المعقود عليه عين المستصنع، فلشبهه بالإجارة قلنا: يبطل بموت أحدهما، ولشبهه بالبيع، وهو المقصود أجرينا القياس والاستحسان، وأثبتنا فيه خيار الرؤية، ولم يوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في بيع العين. (ك)

(٦) أي المستصنع. (ع)

(٧) إذا رآه.

(٨) بناء على جعله بيعًا لا عدة. (ع)

(٩) وليس خيار الرؤية للبائع.

(١٠) أي للصانع.

(١١) إن شاء فعل وإن شاء ترك. (ع)

(١٢) أي بإتلاف شيء عين. (ن)

(١٣) قوله: "وهو قطع الصرم [معرب چرم] إلخ" فإن قيل: قطع الصرم لا يعتبر ضررًا في حقه لأنه رضي به، قلنا: جاز أن يكون رضاه بسبب ظن أن المستصنع مجبور على القبول، وأنه مجتهد فيه. (ك)

(١٤) كإتلاف الخيط في خرزة.

(١٥) أي الصانع والمستصنع.

(١٦) إشارة إلى قوله: ولا خيار للصانع إلخ. (ك)

(١٧) قوله: "لا يشتريه [أي المصنوع ع] غيره بمثله" وقد لا يشتريه أصلا، كما لو استصنع منبرًا من يعظ

فيه للناس، كالثياب، لعدم المجوز[١]، وفيما فيه تعامل إنما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف ليمكن التسليم[٢].

وإنما قال[٣]: بغير أجل لأنه لو ضرب الأجل[٤] فيما فيه تعامل يصير سلمًا[٥] عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافًا لهما، ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلمًا بالاتفاق.

لهما[٦]: أن اللفظ[٧] حقيقة للاستصناع، فيحافظ على قضيته[٨]، ويحمل الأجل على التعجيل[٩]، بخلاف ما لا تعامل فيه، لأن ذلك استصناع فاسد، فيحمل[١٠] على السلم الصحيح، ولأبي حنيفة رحمه الله أنه[١١] دين يحتمل السلم، وجواز السلم بإجماع[١٢] لا شبهة فيه[١٣]، وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة[١٤]، فكان الحمل على السلم أولى، والله أعلم.

الناس عليه فالقاضي لا يشتريه إصلا. (ن)

(١٨) الاستصناع.

(١) تعامل.

(٢) أي تسليم المستصنع.

(٣) في أول مسألة الاستصناع. (ن)

(٤) قوله: "لو ضرب الأجل إلخ" المراد بضرب الأجل ما ذكر على سبيل الاستمهال، أما المذكور على سبيل الاستعجال مثل أن قال: على أن تفرغ غدا أو بعد غد لا يصير سلما، لأن ذكره حينئذٍ للفراغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم، ويحكى عن الهندواني أن ذكر المدة إن كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال، ولا يصير به سلما، وإن كان من الصانع فهو سلم، لأنه يذكره على سبيل الاستمهال. (ع)

(٥) فلا يجوز إلا بشرائط السلم.

(٦) في الخلافية.

(٧) أي لفظ الاستصناع.

(٨) قوله: "فيحافظ إلخ" يعني أن العمل بحقيقة اللفظ واجب إلا إذا صرفه عن الحقيقة صارف، وذكر الأجل لا يصرفه عنها لأن ذكره قد يكون للاستعجال كما لو قال لخياط: خط هذا الثوب غداً، فيحمل على حقيقة الاستصناع. (ك)

(٩) لأن ذكر الأجل يحتمل أن يكون للتعجيل، وأن يكون للاستمهال.

(١٠) بدلالة الأجل تصحيحاً لتصرف العاقل ما أمكن.

(١١) المصنوع.

(١٢) أي بإجماع الصحابة.

(١٣) لأنه ثابت بآية المداينة والسنة.

(١٤) لأن الشافعي رحمه الله ينكره.

مسائل منثورة(١)

قال(٢): ويجوز بيع الكلب، والفهد(٣)، والسباع(٤)، المعلم وغير المعلم فى ذلك سواء، وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يجوز بيع الكلب(٥) العقور(٦)؛ لأنه غير منتفع به. وقال الشافعى رحمه الله: لايجوز بيع الكلب(٧)؛ لقوله عليه السلام: «إن من السحت(٨) مهر البغى(٩) وثمن الكلب»*، ولأنه نجس العين، والنجاسة تشعر بهوان(١٠) المحل، وجواز البيع يشعر بإعزازه، فكان(١١) منتفيًا.

ولنا: «أنه عليه السلام نهى عن بيع الكلب(١٢) إلا كلب صيد(١٣) أوماشية»**

---

(١) قوله: مسائل منثورة [نثر الشيء نثراً رماه متفرقة. ق]" المسائل التى تشذ عن الأبواب المتقدمة، ولم تذكر فيها إذا استدركت سميت مسائل منثورة، أى عن أبوابها. (ف).

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) بالفتح يوز. (م)

(٤) أى ذى ناب وذى مخلب.

(٥) الذى لا يقبل التعليم. (ك)

(٦) أى الجارح. (ع)

(٧) مطلقًا. (ف)

(٨) قوله: "إن من السحت [حرام] إلخ" روى ابن حبان فى "صحيحه" عن أبى هريرة أن النبى ﷺ قال: «إن مهر البغى وثمن الكلب وكسب الحجام من السحت». (ف)

(٩) أى أجرة الزانية. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٢، والدراية ج، الحديث ٨٠٦ ص١٦١. (نعيم)

(١٠) ذلة -بالضم- خوارى. (م).

(١١) جواز البيع.

(١٢) قوله: "نهى عن بيع إلخ" هو غريب بهذا اللفظ نعم أخرج الترمذى عن أبى هريرة قال: نهى النبى ﷺ عن ثمن الكلب إلا كلب صيد، وضعفه الترمذى، وقال: وقد روى أيضاً عن جابر مرفوعاً، ولا يصح إسناده، والأحاديث الصحيحة ليس فيها هذا الاستثناء. لكن روى أبو حنيفة فى "مسنده" عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس قال: رخص رسول الله ﷺ فى ثمن كلب الصيد، وهذا سند جيد، فإن الهيثم ذكره ابن حبان فى الثقات من أثبات التابعين، فهذا الحديث على رأيهم يصلح مخصصاً، والمخصص بيان للمراد العام، فيجوز وإن كان دونه فى القوة عندهم، حتى أجاز، والتخصيص العام والقاطع بخبر الواحد ابتداء، فبطل مدعاهم من عموم منع البيع. ثم دليل التخصيص مما يعلل تعليل إخراج كلب الصيد ساطع أنه لكونه منتفعاً به، وخصوص الاصطياد ملغى، فصار الكلب المنتفع به خارجاً سواء انتفع به فى صيد أو حراسة ماشية. (ف)

(١٣) قوله: "إلا كلب إلخ" ههنا بحث، وهو أن الدليل أخص من الدعوى، فإن المدعى جواز بيع الكلب مطلقًا، والحديث يفيد جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير.

وأجيب عنه بوجوه: الأول: ما اختاره فى "النهاية" من أن إيراد هذا الحديث لإبطال مذهب الخصم، إذ هو يدعى شمول عدم الجواز، وأما إثبات المدعى، فبحديث ذكره فى "الأسرار" برواية عبد الله بن عمرو ابن العاص

ولأنه منتفع به حراسة[١] واصطيادًافكان[٢] مالا[٣]، فيجوز بيعه، بخلاف الهوام[٤] المؤذية؛ لأنه لا ينتفع بها[٥]، والحديث[٦] محمول[٧] على الابتداء[٨]، قلعا لهم عن الاقتناء[٩]، ولا نسلم[١٠] نجاسة العين، ولو سلم فيحرم التناول[١١] دون البيع[١٢]. قال[١٣]: ولا يجوز[١٤] بيع الخمر والخنزير؛ لقوله عليه السلام فيه[١٥]: «إن

أنه قضى عليه السلام فى كلب بأربعين درهمًا، ذكره مطلقًا من غير تخصيص فى أنواع الكلاب فى التضمين، وتضمين المتلف دليل على تقومه، وفيه إما أولا فبأن الطحاوى حدث فى "شرح الآثار" عن عبد الله ابن عمرو أنه عليه السلام قضى فى كلب صيد قتله رجل بأربعين درهمًا، فهذا مخصوص بنوع.

وأما ثانيًا: فبأنه حكاية حال، فلا توجب العموم فى أنواع الكلاب.

والثانى: ما اختاره فى "الكفاية" وغيرها: وهو أن الحديث يدل على جواز بيع جميع الكلاب، لأن كل كلب يصلح لحراسة الماشية، إذ من عادة الكلاب نباحها عند حس الذئب أو السارق.

والثالث: أن ما وراء كلب الصيد والماشية ملحق به دلالة، فتدبر. (مولانا عبد الحليم نور الله مرقده)

** راجع نصب الراية ج. ٥٢، والدراية ج٢، الحديث ٨٠٧ ص١٦١. (نعيم)

(١) قوله: "حراسة" فإن كل كلب يحفظ بيت صاحبه، يمنع الأجانب عن الدخول فيه، ويخبر عن الجانى بنباحه عليه، فساوى المعلم فى الانتفاع. (عينى)

(٢) قوله: "فكان مالا" يعنى ماله مملوكًا متقومًا، أما كونه مالا فلأن المال اسم لغير الآدمى خلق لمنفعته المطلقة شرعًا، وهذا كذلك، فكان مالا، وأما أنه مملوك متقوم فلأنه محرز مأذون شرعًا فى الانتفاع، والملك يثبت بالإحراز بدار الإسلام والتقوم بالتمول وكلاهما مأذون فيه شرعًا، إذ قد أذن الشرع فى اقتناء كلب الماشية والصيد، وإذا كان كذلك جاز بيعه. (فتح القدير)

(٣) منتفعًا به حقيقة وشرعًا. (ع)

(٤) قوله: "بخلاف الهوام [جمع هامة وهى ما تقتل من ذوات السموم. عينى]" أى هوام الأرض كالخنافيس والعقارب والفأرة، والوزغ، والقنافذ، والضب، وهوام البحر كالضفدع والسرطان، وذكر أبو الليث أنه يجوز بيع الحيات إذا كان ينتفع بها، وإن لم ينتفع فلا يجوز. (ف)

(٥) بل هى مضرة.

(٦) المذكور فى استدلال الشافعى، جواب عن استدلال الشافعى بالحديث. (ع)

(٧) قوله: "محمول إلخ" لأنه روى عن إبراهيم أنه قال: روى عنه عليه السلام أنه رخص فى ثمن كلب الصيد، فبذكر الرخصة تبين انفساخ ما روى من النهى، وهذا لأنهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب، وكانت الكلب فيهم توذى الصبيان والغرباء، فنهوا عن اقتنائها، فشق ذلك عليهم، فأمروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المالوفة، ثم رخص لهم بعد ذلك ثمن ما يكون منتفعًا به وهو كلب الصيد والحرث والماشية. (ن)

(٨) أى ابتداء الإسلام.

(٩) نگاه داشتن براى خوردن وتجارت. (م)

(١٠) جواب عن استدلال بالمعقول بالمنع. (ع)

(١١) أى الأكل.

(١٢) قوله: "دون البيع" كما فى السرقين، فإنه عندنا يجوز بيع البعر والسرقين، وقال الشافعى: لا يجوز لأنه نجس العين بمنزلة القذرة، ولنا: أنه مال منتفع به عند الناس من غير نكير، وأما القذرة فلا ينتفع بها إلا إذا

الذى حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها[١]»* ، ولأنه ليس بمال[٢] فى حقنا[٣]، وقد ذكرناه[٤]. قال[٥]: وأهل الذمة فى البياعات كالمسلمين؛ لقوله عليه السلام فى ذلك الحديث[٦]: «فأعلمهم[٧] أن لهم ما للمسلمين[٨] وعليهم ما على المسلمين[٩]»** ، ولأنهم مكلفون[١٠] محتاجون كالمسلمين[١١].

قال: إلا فى الخمر والخنزير خاصة، فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير، وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة، لأنها أموال[١٢] فى

اختلط بالتراب، وحينئذٍ جاز بيعها تبعًا، كذا ذكره الإمام قاضى خان فى "الجامع الصغير". (ن)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) يعنى أنه باطل. (ع)

(١٥) أى فى الخمر.

(١) قوله: "إن الذى حرم إلخ" قال محمد فى "كتاب الآثار": إن رجلا يكنى أبا عامر، كان يهدى لرسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم كل عام راوية من خمر، فأهدى إليه فى العام الذى حرمت راوية كما كان يهدى، فقال النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «يا أبا عامر إن الله قد حرم الخمر فلا حاجة لنا فى خمرك قال فخذها يا رسول الله فبعها واستعن بثمنها على حاجتك فقال له النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم يا أبا عامر أن الذى حرم شربها حرم بيعها، وأكل ثمنها». (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٤، والدراية ج٢، الحديث ٨٠٨ ص١٦١. (نعيم)

(٢) أى متقوم. (ك)

(٣) أى المسلمين.

(٤) فى باب البيع الفاسد. (ف)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) هذا الحديث لم يعرف. (ف)

(٧) قوله: "فأعلمهم إلخ" قلت: لم أعرف الحديث الذى أشار إليه المصنف، ولم يتقدم فى هذا المعنى إلا حديث معاذ. وهو فى كتاب الزكاة، وحديث بريدة وهو فى كتاب السير وليس فيهما ذلك. (ت)

(٨) أى يحل لهم ما يحل إلخ.

(٩) أى يحرم عليهم ما يحرم إلخ.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٥٥، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٠٨ ص١٦٢. (نعيم)

(١٠) قوله: "ولأنهم مكلفون [وقد التزموا أحكامنا بالإقامة فى دارنا، وإعطاء الجزية. ف]" يعنى بالمعاملات بالاتفاق محتاجون إلى ما يبقى به نفوسهم كالمسلمين، ولا يبقى الأنفس إلا بالطعام والشراب، والكسوة، والسكنى، ولا يحصل هذه الأشياء إلا بمباشرة الأسباب المشروعة، ومنها البيع، فيكون مشروعًا فى حقهم، كما فى حق المسلمين. (ع)

(١١) قوله: "كالمسلمين" حتى أن الذمى إذا باع مكيلا أو موزونًا بمكيل، أو موزون من جنسه متساويًا جاز، ولا يجوز متفاضلا. (ك)

اعتقادهم، ونحن أمرنا بأن نتركهم، وما[1] يعتقدون دل عليه[2] قول عمر رضى الله عنه[3]: "ولوّهم بيعهما[4]، وخذو العشر من أثمانهما[5]"*.

قال[6]: ومن قال لغيره: بع عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن[7] لك خمسمائة من الثمن سوى الألف، ففعل[8] فهو جائز، ويأخذ الألف من المشتري، والخمسمائة[9] من الضامن[10]، وإن كان لم يقل[11] من الثمن جاز البيع بألف درهم، ولا شيء على الضمين، وأصله[12] أن الزيادة على الثمن والمثمن جائزة عندنا، وتلتحق[13] بأصل العقد، خلافًا لزفر رحمه الله والشافعي رحمه الله، لأنه تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع، وهو كونه عدلا[14]، أو

---

(١٢) متقومة. (ع)

(١) إى مع.

(٢) أى على ما ذكرنا من أنا أمرنا إلخ.

(٣) أخرجه أبو يوسف فى كتاب الخراج. (ف)

(٤) قوله: "ولو هم إلخ" الخطاب إلى العمال، وكانوا يأخذون فى الجزية الميتة، والخنزير والخمر، والمعنى اجعلوهم ولاة بيعها، والتولية أن يجعل واليا، كذا فى "النهاية". (مل)

(٥) رواه عبد الرزاق فى "مصنفه". (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٥، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٠٨ ص١٦٢. (نعيم)

(٦) أى محمد. (عينى)

(٧) قوله: "على أنى ضامن إلخ" صورة المسألة أن يطلب إنسان من آخر شراء عبد بألف درهم، وهو لا يبيع إلا به وبخمس مائة، والمشترى لا يرغب إلا بالألف، فيجيء آخر، ويقول بع عبدك من هذا الرجل بألف على إنى ضامن لك خمس مائة من الثمن سوى الألف، فيقول صاحب العبد: بعت، ويكون قوله: بعت جوابًا للكل، ولو لم يوجد إباء، ولا مساومة، ولكن إيجاب العقد بألف حصل عقيب زمان الرجل ذلك كان كذلك استحسانًا، أما زمانه بعد الإباء والمساومة يصح قياسًا واستحسانًا. (ن)

(٨) البائع.

(٩) قوله: "والخمسمائة" بالألف واللام فى المضاف دون المضاف إليه، فقيل لا خلاف فى امتناعه، وقال ابن عصفور: بعض الكتاب يجيزون ذلك وهو قليل جدًا، وقيل: إذا أورد مثل هذا ينبغى أن لا يعتقد إضافة الخمسة بل الجر فى المضاف إليه على حذف المضاف، أى الخمس خمس مائة. (ع)

(١٠) قوله: "من الضامن" ثم إن كان الضمان بأمر المشترى كان له أن يحبس المبيع حتى يأخذ الخمس مائة من الضامن، لأن البيع على المشترى صار بألف وخمس مائة، وللمشترى أن يرابح على ألف وخمس مائة، ولو كان بغير أمره، لم يثبت الزيادة فى حق المشترى، فليس للبائع حبس المبيع على الخمس مائة، ويرابح على ألف. (ف)

(١١) الضامن.

(١٢) أى الأمر الكلى.

(١٣) كما مر.

خاسرًا[١]، أو رابحًا[٢]. ثم قد لا يستفيد المشترى بها شيئًا[٣] بأن زاد في الثمن و[٤]هو[٥] يساوى المبيع بدونها، فيصح اشتراطها على الأجنبي كبدل الخلع[٦]، لكن من شرطها المقابلة[٧] تسمية[٨] وصورة، فإذا قال من الثمن وجد شرطها[٩] فيصح[١٠]، وإذا لم يقل لم يوجد، فلم يصح.

قال: ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها[١١]، فوطئها الزوج فالنكاح جائز[١٢] لوجود سبب الولاية[١٣] وهو الملك في الرقبة على الكمال[١٤]، وعليه[١٥] المهر وهذا[١٦] قبض، لأن وطء الزوج حصل بتسليط من جهته، فصار فعله كفعله، وإن

---

(١٤) بأن يكون الثمن مساويًا بقيمة المبيع.

(١) بأن يكون الثمن أقل من قيمة المبيع.

(٢) بأن يكون الثمن زائدًا على قيمة المبيع.

(٣) قوله: "ثم قد لا يستفيد إلخ" جواب سؤال هو أن يقال: ينبغي أن لا يصح الضمان على الأجنبي من البائع بخمس مائة، لأنه لا يستفيد بها شيئًا، فأجاب بأن المشترى قد يزيد في الثمن بعد البيع مع أنه لا يستفيد بتلك الزيادة شيئًا لأن المبيع حصل له بدونها، فكذا في الأجنبي. (مل)

(٤) الواو حالية.

(٥) الثمن.

(٦) قوله: "كبدل الخلع [فإنه قد صح شرطه على غير العاقد أعني غير المرأة. ك]" أي فصار الفضل في ذلك كبدل الخلع في كونه لا يدخل في ملك المرأة في مقابلة شيء، فجاز اشتراطه على الأجنبي كهو. (عناية)

(٧) بأن يتكلم بلفظ من الثمن.

(٨) قوله: "تسمية" بأن يتكلم بلفظ من الثمن، وصورة بأن يكون المسمى بمقابلة المبيع صورة، وإن لم يقابله من حيث المعنى لكون جميع المبيع حاصله بالمزيد عليه، بخلاف ما إذا لم يقل من الثمن حيث لا يصح لأنها ليست زيادة في الثمن بل هو التزام مال مبتدأ، فيكون بطريق الرشوة وهو حرام. (ك)

(٩) وهو المقابلة.

(١٠) قوله: "فيصحح" فيه أنه لو كان خمس مائة ثمنًا لتوجهت المطالبة بها على المشترى، إلا أن يقال: إن الزيادة ثابتة على المشترى بلا بدل، فيطلب ممن التزمه لا غير، كبدل الخلع. (مل)

(١١) برجل. (ع)

(١٢) قوله: "فالنكاح جائز" وإنما جاز نكاحها قبل القبض، ولم يجز بيعها قبله، لأن البيع يفسد قبل الغرر دون النكاح، وفي البيع قبل القبض احتمال الانفساخ بهلاك المعقود عليه قبل القبض والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه أعني المرأة قبل القبض، ولأن القدرة على التسليم شرط في البيع، وذلك إنما يكون بعد القبض، وليس بشرط لصحة الإنكاح، ألا ترى أن بيع الآبق لا يصح، وتزويج الآبقة يجوز. (ف)

(١٣) أي ولاية التزويج.

(١٤) قيده بالكمال، لأنه لو ملك نصفها لا يملك التزويج.

(١٥) الزوج.

لم يطأها فليس بقبض[١]، والقياس أن يصير قابضًا[٢]، لأنه تعييب حكمى[٣]، فيعتبر[٤] بالتعييب الحقيقى، وجه الاستحسان: أن فى الحقيقى[٥] استيلاء[٦] على المحل وبه يصير قابضًا، ولا كذلك الحكمى[٧]، فافترقا[٨].

قال: ومن اشترى عبدًا فغاب[٩]، والعبد فى يد البائع، وأقام البائع[١٠] البينة أنه باعه[١١] إياه، فإن كانت غيبته معروفة[١٢] لم يبع[١٣] فى دين البائع؛ لأنه يمكن إيصال البائع إلى حقه بدون البيع، وفيه[١٤] إبطال حق المشترى[١٥]، وإن لم يدر أين هو بيع العبد، وأوفى الثمن[١٦] لأن ملك المشترى[١٧] ظهر بإقراره[١٨]، فيظهر[١٩] على الوجه

---

(١٦) أى هذا التزويج الذى مع الوطئ.

(١) أى مجرد التزويج. (ع)، حتى إذا هلك فهو من مال البائع. (ك)

(٢) قوله: "والقياس أن يصير قابضًا [أى بمجرد النكاح]" وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله حتى إن هلكت بعد ذلك تهلك من مال المشترى. (عناية)

(٣) قوله: "لأنه [تزويج] تعييب حكمى" حتى لو وجدها المشترى ذات زوج كان له أن يردها، فيصير كالتعييب الحقيقى كقطع اليد، وفقئ العين. (مل)

(٤) أى فيقاس.

(٥) قوله: "فى الحقيقى" بأن اشترى جارية، وفقأ عينها، أو قطع يدها. (نهاية)

(٦) باتصال فعل من المشترى به.

(٧) قوله: "ولا كذلك الحكمى" فإنه عيب حكمى من طريق الحكم على معنى أنه يقل رغبات الناس فيهما، وينتقص لأجله الثمن، وهو معنى نقصان السعر. (ن)

(٨) أى الحقيقى والحكمى.

(٩) أى قبل نقد الثمن. (ك)

(١٠) عند القاضى.

(١١) العبد.

(١٢) أى يعلم أين هو. (ف)

(١٣) العبد.

(١٤) البيع.

(١٥) فى المبيع.

(١٦) مفعول ثان للإيفاء، أى أوفى البائع الثمن. (ن)

(١٧) قوله: "لأن ملك المشترى إلخ" فيه إشارة إلى أنه لا يشترط إقامة البينة للبيع إذا كان لا يدرى أين هو، لأن موضوع المسألة أن العبد فى يد البائع، وقول الإنسان فيما فى يده مقبول، لكن مع هذا يشترط إقامة البينة ليكون البيع بحجة بالغة، وهذه البينة لكشف الحال، وفى مثلها لا يشترط حضور الخصم، وإنما وضع المسألة فى المنقول، لأن القاضى لا يبيع العقار على الغائب. (ك)

(١٨) البائع.

الذى أقر[١] به[٢] مشغولا بحقه[٣]. وإذا تعذر استيفاءه[٤] من المشترى يبيعه القاضى[٥] فيه[٦] كالراهن[٧] إذا مات، والمشترى[٨] إذا مات مفلسًا[٩]، والمبيع لم يقبض، بخلاف[١٠] ما بعد القبض[١١]، لأن حقه[١٢] لم يبقَ متعلقًا به، ثم إن فضل[١٣] شىء[١٤] يمسك للمشترى، لأنه بدل حقه[١٥]، وإن نقص[١٦] يتبع هو[١٧] أيضًا.

فإن كان المشترى اثنين، فغاب أحدهما[١٨]، فللحاضر أن يدفع[١٩] الثمن كله،

(١٩) الملك.

(١) البائع.

(٢) أى بذلك الوجه.

(٣) البائع.

(٤) أى استيفاء حق البائع.

(٥) قوله: "يبيعه القاضى إلخ" ثم قيل ينصب القاضى من يقبض العبد للمشترى، ثم يبيع لأن بيع القاضى كبيع المشترى وبيع المشترى قبل القبض لا يجوز، فكذا بيع القاضى، وفيه نظر لأن المشترى ليس له أن يقبضه قبل نقد الثمن، فكذا من يجعل وكيلا عنه. وقيل: لا ينصب، لأن البيع ههنا ليس بمقصود، وإنما المقصود النظر للبائع إحياء لحقه، والبيع يحصل فى ضمن النظر، ويجوز أن يثبت الشىء حتمًا، ولا يثبت قصدًا. (ك)

(٦) أى فى هذا الاستيفاء.

(٧) قوله: "كالراهن إلخ" فإن المرتهن أحق بالمرهون يباع فى دينه إذا تعذر الاستيفاء. (ع)

(٨) فإن المبيع يباع بثمنه. (ع)

(٩) قبل قبض المبيع. (ع)

(١٠) فإن بينة البائع لا تقبل.

(١١) أى قبض المشترى المبيع، ثم غائب.

(١٢) قوله: "لأن حقه" أى حق البائع لم يبق متعلقا بمالية العبد بل صار دينًا فى الذمة على المشترى، والبينة لإثبات الدين على الغائب غير مقبولة عندنا. (ن)

(١٣) من ثمن العبد.

(١٤) بعد البيع.

(١٥) المشترى.

(١٦) قوله: "وإن نقص" أى إن نقص ثمن العبد من حق البائع يتبع البائع المشترى يعنى يرجع البائع بالنقصان إذا ظفر به. (مل)

(١٧) المشترى.

(١٨) قبل نقد الثمن.

(١٩) قوله: "فللحاضر أن يدفع إلخ" الحاضر لا يملك قبل نصيبه إلا بنقد جميع الثمن بالاتفاق، فلو نقده اختلفوا فى موضع، الأول: هل يجبر البائع على قبول حصة الغائب عند أبى يوسف لا وعند أبى حنيفة ومحمد يجبر. والثانى: أنه إن قبل هل يجبر على تسليم نصيب الغائب للحاضر عند أبى يوسف لا وعندهما يجبر.

ويقبضه[١]، وإذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن، وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض إلا نصيبه[٢]، وكان متطوعًا بما أدى عن صاحبه، لأنه قضى دين غيره، بغير أمره، فلا يرجع عليه[٣]، وهو أجنبى عن نصيب صاحبه[٤]، فلا يقبضه[٥].

ولهما: أنه مضطر فيه[٦]، لأنه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن، لأن البيع صفقة واحدة، وله[٧] حق الحبس[٨] ما بقى شىء منه، والمضطر يرجع كمعير الرهن[٩]، وإذا كان له أن يرجع عليه[١٠] كان له الحبس[١١] عنه[١٢] إلى أن يستوفى حقه كالوكيل[١٣] بالشراء[١٤] إذا قضى الثمن من مال نفسه[١٥].

قال: ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة[١٦] فهما نصفان؛ لأنه أضاف

والثالث: لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغائب بما نقده عند أبى يوسف لا وعندهما يرجع. (ف)

(١) العبد.

(٢) أى يقبض نصيبه بطريق المهايأة. (ن)

(٣) الغير.

(٤) أى الغائب.

(٥) أى نصيب صاحبه.

(٦) قوله: "مضطر فيه [أى فى دفع كل الثمن]" فإن قيل: لو كان التعليل بالاضطرار صحيحًا لما اختلف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته، فإنه لا يقدر على الانتفاع بنصيبه إلا بعد نقد صاحبه، فالجواب أن الاضطرار فى حال حضوره مفقود لإمكان أن يخاصم إلى الحاكم لنقد نصيبه من الثمن، فيتمكن هو من قبض نصيبه بخلاف حال غيبته. (ع)

(٧) أى للبائع.

(٨) أى حبس المبيع.

(٩) قوله: "كمعير الرهن" بأن أعار شيئًا ليرهنه فرهنه، ثم أفلس الراهن وهو المستعير، أو غاب فأفتكه المعير يرجع بما أدى من الدين على الراهن، وإن كان قضى دين الراهن بغير أمره لأنه مضطر فى القضاء، لأنه لا يتمكن من الانتفاع بماله إلا بقضاء الدين، فكذلك ههنا. (ك)

(١٠) وفى نسخة إليه أى الغائب.

(١١) ولو بقى درهم.

(١٢) الغائب.

(١٣) له أن يحتبس المبيع عن الموكل إلى أن يعطى جميع الثمن. (ف)

(١٤) فإنه يرجع على الموكل بما أدى من الثمن.

(١٥) دون مال الموكل.

(١٦) قوله: "بألف مثقال إلخ" قيل: فكان الواجب أن يقيد المصنف بالجودة أو الرداءة، أو الوسط، لأن الناس لا يتبايعون بالتبر، فلا بد من بيان الصفة قطعًا للمنازعة، ولهذا قيده محمد رحمه الله بها فى "الجامع

المثقال إليهما على السواء[١]، فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الأولوية، وبمثله[٢] لو اشترى جارية بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل[٣]، ومن الفضة دراهم[٤] وزن سبعة، لأنه أضاف الألف إليهما، فينصرف إلى الوزن[٥] المعهود[٦] في كل واحد منهما.

قال: ومن له على آخر عشرة دراهم جياد، فقضاه زيوفًا[٧] وهو لا يعلم فأنفقها[٨]، أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله[٩].

وقال أبو يوسف رحمه الله: يرد مثل زيوفه، ويرجع بدراهمه[١٠]، لأن حقه[١١] في الوصف مرعى كهو[١٢] في الأصل، ولا يمكن رعايته[١٣] بإيجاب[١٤] ضمان الوصف[١٥]، لأنه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه، فوجب المصير إلى ما قلنا[١٦].

الصغير"، وبيوع "الأصل"، ويجوز أن يقال: تركه لكونه معلومًا من أول كتاب البيوع أن ذلك لا بد منه. (عناية)

(١) قوله: "على السواء" فإن قيل: ينبغي أن يترجح الذهب لاختصاصه بالمثاقيل، و يترجح الفضة لكونها غالبة في المبايعات. قلنا: لما تعارض هذان الوجهان وجب المصير إلى قضية الإضافة، ومطلق إضافة المثاقيل إليهما يوجب الشركة على السواء. (ك)

(٢) قوله: "وبمثله" هذا اللفظ في استعمال الفقهاء فيما إذا كانت المسألتان متشابهتين صورة، ومختلفتين حكمًا، وههنا كذلك. (نهاية)

(٣) خمس مائة مثقال. (ع)

(٤) أي خمس مائة دراهم كل عشرة دراهم وزن سبعة مثاقيل.

(٥) قوله: "إلى الوزن المعهود إلخ" ولقائل أن يقول: النظر إلى المتعارف يقتضي أن ينصرف إلى ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد. (عناية)

(٦) وهو وزن السبعة المثقال.

(٧) درهم زيف أي رديء وهو من الوصف بالمصدر.

(٨) زيوف.

(٩) أي يكون مؤديا ما عليه من تلك الدراهم ولا يبقى عليه شيء.

(١٠) الجياد.

(١١) قوله: "لأن حقه إلخ" أي لأن حق رب الدين في وصف الدين من حيث الجودة واجب الرعاية كحق ذلك في الأصل من حيث القدر، فلو كان المقبوض دون حقه قدرا لم يسقط حقه في المطالبة بقدر النقصان، فكذلك إذا كان دون حقه وصفًا إلا أنه يتعذر ذلك، لأنه لا قيمة للجودة عند المقابلة بجنسها فيرد عين المقبوض إذا كان قائمًا، ومثله إن كان مستهلكا، لأن مثل الشيء يحكى عنه. (ن)

(١٢) الحق.

(١٣) أي رعاية حق [illegible]صف.

(١٤) أي على المديون.

(١٥) الذي هو الجودة.

ولهما: أنه[١] من جنس حقه، حتى لو تجوز[٢] به[٣] فيما لا يجوز[٤] الاستبدال[٥] جاز[٦]، فيقع به[٧] الاستيفاء، ولا يبقى حقه إلا في الجودة، ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما ذكرنا[٨]، وكذا بإيجاب ضمان الأصل، لأنه إيجاب[٩] له عليه[١٠]، ولا نظير له[١١].

قال: وإذا أفرخ[١٢] طير في أرض رجل فهو[١٣] لمن أخذه، وكذا[١٤] إذا باض[١٥] فيها، وكذا إذا تكنس[١٦] فيها ظبي، لأنه[١٧] مباح سبقت يده إليه، ولأنه[١٨] صيد

---

(١٦) من أنه يرد مثل إلخ.

(١) الزيف.

(٢) قوله: "تجوز [أي أخذ مساهلا لنقصان حقه. ن]" تجوز في هذا آسان فرا گرفت آن را وچشم پوشي كرد تجوز الدراهم قبول كردد رمها را با آنكه مغشوش بودند. (من)

(٣) أي بالزيف.

(٤) قوله: "فيما لا يجوز إلخ" وإنما عين ذلك لأن غير ذلك لا يكون دليلا حتى إنه لو كان عليه دين في غير موضع الصرف والسلم جاز أن يستبدله بالثياب وغيرها، ومعلوم أن الثياب ليس من جنس حقه، وفي الصرف والسلم لا يجوز الاستبدال، فلو لم يكن الزيوف من جنس حقه لكان استبدالا في الصرف والسلم. (ن)

(٥) كالصرف والسلم. (ن)

(٦) وما جاز إلا لأنه لم يعتبر استبدالا بل نفس الحق. (ف)

(٧) زيف.

(٨) من أنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها. (ن)

(٩) قوله: "لأنه إيجاب إلخ" أي لأن المضمون حينئذ هو الأصل، والفرض أنه من حيث الأصل مستوف، فإيجاب الضمان باعتباره إيجاب له عليه. (ع)

(١٠) قوله: "عليه" وبهذا فارق ضمان كسب العبد المأذون على المولى، وإن كان ملكًا له لأن ذلك ضمان ملكه عليه لا له بل للغريم، وهذا ضمان ملكه عليه له. فإن قيل: إيجاب الضمان له عليه إنما يكون ممتنعًا لعدم الفائدة، وههنا اشتمل على فائدة وصوله إلى حقه وهو الجودة، ألا ترى أن من اشترى مال نفسه لا يصح لعدم الفائدة، ويجوز لرب المال أن يشتري مال المضاربة من المضارب لما فيه من الفائدة. قلنا: لا يصح وإن كان فيه فائدة، لأن الجودة تبع للدراهم لأنها وصف لها، فنقض أصل الدراهم لاسترداد الجودة جعل ما هو الأصل تبعًا لتبعه، وهذا نقض الموضوع، وقلب المعقول، بخلاف المستشهد به، لأنه ليس فيه ذلك. (ك)

(١١) في الشرع.

(١٢) إفراخ: چوزة بيرون آوردن مرغ وبيضة. (من)

(١٣) أي الفرخ.

(١٤) أي لمن أخذه.

(١٥) قوله: "باض" باضت الدجاجة خايه نهاد ما كيان. (من) والتكنس بكناس پنهان شدن آهو، وكناس ككتاب خواب جاے آهو در درخت لأنه يكنس الرمل حتى يصل. (من)

(١٦) قوله: "إذا تكنس [أي دخل في الكناس وهو موضعه. ك]" وفي بعض النسخ تكسر أي وقع فيها، فتكسر [تكسر أي انكسر رجله بنفسه. در مختار] ويحترز عما لو كسره رجل فيها، فإنه لذلك الرجل

وإن[١] كان[٢] يؤخذ بغير حيلة، والصيد لمن أخذه[٣]، وكذا البيض، لأنه أصل الصيد[٤]، ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه[٥]، وصاحب الأرض[٦] لم يعد[٧] أرضه لذلك، فصار كنصب شبكة[٨] للجفاف، وكما إذا دخل الصيد داره[٩]، أو وقع ما نثر من السكر، أو الدراهم فى ثيابه لم يكن له[١٠] ما[١١] لم يكفله، أو كان مستعدًا له[١٢] بخلاف ما إذا عسل النحل فى أرضه[١٣]، لأنه[١٤] عد من أنزاله[١٥]، فيملكه[١٦] تبعًا لأرضه كالشجر النابت[١٧] فيه[١٨]، والتراب[١٩] المجتمع فى

لا للآخذ، ولا يختص بصاحب الأرض. (ف)

(١٧) أى لأن كل واحد منها.

(١٨) هو واحد.

(١) الواو وصلية.

(٢) قوله: "وإن كان يؤخذ إلخ" كونه يؤخذ بغير حيلة لا يخرجه عن الصيدية كصيد انكسر رجله فى أرض إنسان، فإنه للآخذ دون صاحب الأرض. (ع)

(٣) بالحديث. (ع)

(٤) فحكمه حكم الصيد.

(٥) شوى اللحم شيًا: بريان كرد گوشت را. (من)

(٦) قوله: "وصاحب الأرض إلخ" جملة حالية هى قيد لقوله: فهو لمن أخذه أى إنما يكون للآخذ إذا لم يكن صاحب الأرض أعدها لذلك بأن حفر فيها بئرًا ليسقط فيها، أو أعد مكانًا للفراخ ليأخذها، فإن أعدها لذلك لا يملكها الآخذ بل رب الأرض يصير بذلك قابضًا حكمًا كمن نصب شبكة لتجففها، فتعلق بها صيد فهو لمن أخذه لا لصاحب الشبكة، لأنه لم يعدها الآن للآخذ. (ف)

(٧) من الإعداد.

(٨) بفتحتين دام صياد. (م)

(٩) قوله: "وكما إذا دخل الصيد داره" فلم يعلمه، فأغلق بابه، فهو لمن أخذه، فإن علم به وأغلق الباب عليه، أو سدا لكوة كان لصاحب الدار. (ف)

(١٠) قوله: "لم يكن له" أى لم يكن لصاحب الثياب ما لم يكفه، أى ما لم يضم صاحب الثياب ثيابه فهو لمن أخذه، وإذا كان كفه فهو له دون غيره. (مل)

(١١) ما هذه مصدرية نائبة عن ظرف الزمان. (ف)

(١٢) قوله: "أو كان مستعدًا [بأن تهيأ له وبسط ثوبه لذلك] له [أى للنثار]" إما معطوف على قوله: لم يكفه بتقدير حرف النفى، أى ما كان مستعدًا له، وإما معطوف على محذوف بعد قوله: ما لم يكفه، أى إذا كان كفه، أو كان مستعدًا له كان له، أى للكاف، أو للمستعد، كذا فى "النهاية". (مولانا محمد عبد الحليم)

(١٣) فهو لصاحب الأرض. (ف)

(١٤) العسل.

(١٥) قوله: "من أنزاله [أى من زيادات الأرض أى ما يثبت فيها. ف]" الأنزال جمع نزل، وهو الزيادة، وذكر الضمير، وهو عائد إلى الأرض وهى مؤنثة على تأويل المكان. (ف)

أرضه بجريان الماء[١].

كتاب الصرف[٢]

قال: الصرف هو البيع[٣] إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان[٤]، سمي[٥] به[٦] للحاجة إلى النقل في بدليه من يد إلى يد، والصرف هو النقل والرد لغةً[٧]، أو لأنه لا يطلب منه[٨] إلا الزيادة، إذ لا ينتفع بعينه، والصرف هو الزيادة لغةً، كذا قاله الخليل، ومنه[٩] سميت[١٠] العبادة النافلة صرفًا[١١].

---

(١٦) قوله: "فيملكه [عسل] إلخ" لأن الأصل لا يحصل في مطلق المواضع، بمطلق الأغذية بل لغذاء خاص، ومكان خاص، فإذا عسل في أرضه علم أنه من نبات ذلك الأرض كالشجر. (ن)

(١٧) فهو لصاحب الأرض.

(١٨) أي في أرضه.

(١٩) فهو لصاحب الأرض.

(١) على الأرض.

(٢) أخر من أنواع كتاب البيوع، لأن الصرف بيع الأثمان، والثمن في البياعات يجري مجرى الوصف، لما كان قيوده أكثر كان وجوده أقل، فقدم ما هو أكثر وجودًا. (ف)

(٣) قوله: "الصرف هو البيع إلخ" هذا قول القدوري، وإنما قال من جنس الأثمان، ولم يقتصر على قوله: بيع ثمن ليدخل بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد، فإن المصوغ بسبب ما اتصل به من الصنعة لم يبقَ ثمنًا صريحًا، ولهذا يتعين في العقد، ومع هذا بيع صرف. (ف)

(٤) قوله: "من جنس الأثمان [الثمن عند العرب ما كان دينًا في الذمة كذا قاله الفراء. ك]" الأموال أنواع، نوع ثمن بكل حال كالنقدين صحبه الباء أو لا قوبلت بجنسها أو بغيره، ونوع مبيع بكل حال، وهو ما ليس من ذوات الأمثال كالثياب والدواب والمماليك، ونوع ثمن بوجه مبيع بوجه كالمكيل والموزون، فإنه إذا كان معينا في العقد كان مبيعا، وإن لم يكن معينا، وصحبه الباء، وقابله مبيع فهو ثمن، ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعة في الأصل فإن كان رائجًا كان ثمنًا، وإن كان كاسدًا كان سلعة. وأقسام بيع الصرف ثلاثة: بيع الذهب بالذهب، وبيع الفضة بالفضة، وبيع أحدهما بالآخر، وشروطه على الإجمال التقابض قبل الافتراق بدنا، وأن لا يكون فيه خيار ولا أجل. (مل)

(٥) هذا العقد.

(٦) أي بالصرف.

(٧) قال الله تعالى: ﴿ثم انصرفوا﴾ أي صرف الله قلوبهم. (ك)

(٨) قوله: "لا يطلب إلخ" أي لا يطلب بهذا العقد إلا زيادة تحصل فيما يقابلها من الجودة والصياغة، إذ النقود لا تنتفع بعينها كما ينتفع بغيرها مما يقابلها من المطعوم والملبوس والمركوب، فلو لم يطلب به الزيادة والعين حاصلة في يده ما كان فيه فائدة أصلا فلا يكون مشروعًا، وقد دل على مشروعيته قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾، وإذا كان المطلوب به الزيادة والصرف هو الزيادة ناسب أن يسمى صرفًا. (ع)

(٩) أي من كون الصرف هو الزيادة لغة. (ع)

(١٠) قوله: "سميت" في قوله ﷺ: «من انتمى إلى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفًا ولا عدلا»، أي لا نفلا ولا فرضًا. (ف)

(١١) فإنها زائدة على الفرض.

قال: فإن باع فضةً بفضة، أو ذهبًا بذهب لا يجوز إلا مثلا بمثل[١] وإن[٢] اختلفت في الجودة[٣] والصياغة[٤]؛ لقوله عليه السلام[٥]: «الذهب[٦] بالذهب مثلا بمثل[٧] وزنًا بوزن يدًا بيد والفضل ربا»، الحديث[٨]*، وقال عليه السلام[٩]: «جيدها ورديئها[١٠] سواء[١١]»،** وقد ذكرناه في البيوع[١٢].

قال: ولا بد من قبض العوضين[١٣] قبل الافتراق[١٤]، لما روينا[١٥]، ولقول عمر رضي الله عنه[١٦]: "وإن استنظرك[١٧] أن يدخل بيته فلا تنظره"[١٨]*** ولأنه لابد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن الكالئ بالكالئ[١٩].

---

(١) قوله: "إلا مثلا بمثل" أي في العلم لا بحسب نفس الأمر فقط، فلو باعهما مجازفة، ولم يعلما كميتهما، وكانا في نفس الأمر متساويين لم يجز، ولو وزنا في مجلس، فظهرا متساويين يجوز. (ف)

(٢) الواو وصلية.

(٣) أي أحدهما أجود من الآخر.

(٤) أي أحدهما أحسن صياغة من الآخر.

(٥) الحديث تقدم في الربا. (ف)

(٦) قوله: "الذهب" انتصابه بالعامل المقدر، أي بيعوا، والأولى حيث كان الذهب مرفوعًا بالحديث بأن يجعل عامله متعلق المجرور، أي الذهب يباع بالذهب مثلا بمثل. (ف)

(٧) أي في القدر لا في الوصف. (ع)

(٨) أي اقرأ الحديث.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٦، والدراية ج٢، تحت حديث كتاب الصرف ص١٦٣. (نعيم)

(٩) تقدم في الربا أيضًا. (ت)

(١٠) الأموال الربوية.

(١١) في حرمة الزيادة.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٥٦، والدراية ج٢ تحت حديث كتاب الصرف ص١٦٣. (نعيم)

(١٢) أي في كتاب البيوع في باب الربا. (ع)

(١٣) يعني لبقاء العقد على ما سيجيء.

(١٤) بالأبدان. (ع)

(١٥) وهو ما روى قبيله: يدًا بيد. (ك)

(١٦) قوله: "لقول عمر رضي الله عنه" روى مالك في "الموطأ" عنه قال: لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل، ولا تبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز، وإن استنظرك أن يلج بيته فلا تنظره إلا يدًا بيد، هات وهات، إني أخشى عليكم الربا. (ف)

(١٧) قوله: "وإن استنظرك [استنظار مهلت خواستن] من] إلخ" يخاطب به أحد عاقدي الصرف يعني إن سألك صاحبك أن يدخل بيته لإخراج بدل الصرف فلا تمهله. (عيني)

(١٨) أنظر: مهلت دادن.

ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة[١]، فلا يتحقق الربا[٢]، ولأن أحدهما ليس بأولى [٣] من الآخر، فوجب قبضهما[٤] سواء كانا يتعينان كالمصوغ، أو لا يتعينان كالمضروب[٥]، أو يتعين أحدهما، ولا يتعين الآخر، لإطلاق ما روينا[٦]. ولأنه إن كان يتعين[٧]، ففيه شبهة عدم التعيين[٨] لكونه ثمنًا خلقة، فيشترط قبضه اعتبارًا للشبهة فى الربا، والمراد منه[٩] الافتراق بالأبدان حتى لو ذهبا[١٠] عن المجلس يمشيان معًا فى جهة واحدة[١١]، أو ناما فى المجلس[١٢]، أو أغمى عليهما لا يبطل الصرف، لقول ابن عمر رضى الله عنهما[١٣]: "وإن وثب[١٤] من سطح فثب معه[١٥]"*، وكذا[١٦] المعتبر ما ذكرناه[١٧] فى قبض رأس مال السلم[١٨]

*** راجع نصب الراية ج٤ ص٥٦، والدراية ج٢، تحت حديث كتاب الصرف ص١٦٣. (نعيم)

(١٩) أى النسيئة بالنسيئة وهو ممنوع.

(١) قوله: "تحقيقا للمساواة" فإن قيل: يشكل على هذا التعليل ما إذا باع المضروب بالمصوغ، فإن المصوغ مما يتعين بالتعيين، ومع ذلك يشترط قبضهما أيضًا، وعلى هذا التعليل ينبغى أن لا يشترط قبض المصوغ إذا وجد قبض المضروب لتحقق المساواة بينهما فى العينية فى المضروب بالقبض، وفى المصوغ بالصياغة وبحصول العينية فيهما يخرجان عن بيع الكالئ بالكالئ إذ النسيئة إنما تكون باعتبار عدم التعيين، قلت: عدم جوازه بوجه يجيء بعد هذا، وهو قوله: ولأنه إن كان إلخ. (ن)

(٢) قوله: "فلا يتحقق الربا [قيل: هو منصوب بجواب النفى وهو قوله: ثم لا بد. (ع) مرتبط بقوله: لا بد]" أى للتقدم مزية على النسيئة، فيتحقق الفضل فى أحد العوضين، وهو الربا. (ف)

(٣) بالقبض.

(٤) وإلا يلزم الترجيح بلا مرجح.

(٥) الدراهم والدنانير.

(٦) الذهب بالذهب، وبعده الفضة بالفضة. (ن)

(٧) قوله: "ولأنه إن كان إلخ" جواب عما يقال: بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح، لأنه كالئ بكالئ، وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعينه بالتعين. (ع)

(٨) والشبهة فى الحرمات ملحقة بالحقيقة. (ك)

(٩) أى من الافتراق.

(١٠) المتعاقدان.

(١١) ولو مشيا فى جهتين مختلفتين يبطل لوجود الافتراق بالأبدان. (ن)

(١٢) أو طال قعودهما. (ف)

(١٣) قوله: "لقول ابن عمر إلخ" هذا الحديث غريب جدًا من كتب الحديث، وذكره فى "المبسوط" عن أبى جبلة قال: سألت عبد الله بن عمر فقلت: إنا نقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة، وعندهم الورق الخفاف الكاسدة، فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف، فقال: لا تفعل، لكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب، ولا تفارقه حتى تستوفى وإن وثب على سطح فثب معه. (ف)

(١٤) وثوب -بالضم- برجستن. (م)

بخلاف خيار المخيرة[١]، لأنه يبطل بالإعراض[٢].

وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة، ووجب التقابض؛ لقوله عليه السلام[٣]: «الذهب بالورق[٤] ربا[٥] إلا هاء وهاء»*.

فإن[٦] افترقا[٧] فى الصرف قبل قبض العوضين، أو أحدهما بطل العقد لفوات الشرط[٨] وهو القبض، ولهذا[٩] لا يصح[١٠] شرط الخيار فيه[١١]، ولا الأجل، لأن بأحدهما[١٢] لا يبقى القبض مستحقاً[١٣]، وبالثانى[١٤] يفوت[١٥] القبض المستحق[١٦]،

---

(١٥) قوله: "فثب معه" ليس المراد منه الإطلاق فى الوثبة المهلكة بل هو مبالغة فى ترك الافتراق بالأبدان قبل القبض. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٦، والدراية ج٢، تحت حديث كتاب الصرف ص١٦٣. (نعيم)

(١٦) أى المعتبر تفرق الأبدان لا القيام عن مجلس العقد. (ك)

(١٧) أى تفرق الأبدان.

(١٨) فيقبضه قبل الافتراق بالأبدان.

(١) قوله: "بخلاف خيار إلخ" يرتبط بقوله: لا يبطل الصرف، يعنى أنها لو قامت عن المجلس قبل الاختيار، أو مشت مع زوجها فى جهة واحدة بطل خيارها، فإنه يبطل بالإعراض إذالتخيير تمليك، فيبطل بما يدل على الرد، والقيام دليله. وعن محمد فى رواية أخرى أنه جعل الصرف بمنزلة خيار المخيرة حتى قال: يبطل بدليل الإعراض كالقيام عن المجلس، كذا فى "الذخيرة"، كذا قيل. (مولانا محمد عبد الحليم. نور الله مرقده)

(٢) وفى نسخة: بالإعراض فيه.

(٣) أخرجه الأئمة الستة فى كتبهم عن عمر بن الخطاب. (ت)

(٤) فضة.

(٥) قوله: "ربا" أى حرام بطريق إطلاق اسم الملزوم على اللازم، وقوله: هاء بوزن باع أى خذ ومنه هاءم اقرأوا كتابية، أى كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه: هاء، فيتقابضان. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٦، الدراية ج٢ ص١٦٣ وقد ذكر تحت كتاب الصرف. (نعيم)

(٦) يتعلق بقوله: ولا بد من قبض العوضين. (ع)

(٧) المتعاقدان.

(٨) أى شرط البقاء. (ع)

(٩) أى لأن الافتراق بلا قبض مبطل. (ع)

(١٠) قوله: "لا يصح شرط الخيار إلخ" بأن قال: اشتريت هذه الدنانير بهذه الدراهم على أنى بالخيار ثلاثة أيام، وكذلك الأجل. (ن)

(١١) قوله: "شرط الخيار فيه" قيد بشرط الخيار لأن خيار العيب والرؤية يثبتان فى الصرف كما فى سائر العقود، إلا أن خيار الرؤية لا يثبت إلا فى العين لا الدين، لأنه لا فائدة فى رده بالخيار، إذالعقد لا ينفسخ برده، وإنما يرجع بمثله.(ع)

(١٢) أى شرط الخيار. (ك)

(١٣) لأن الخيار يمنع الملك.

(١٤) أى الأجل. (ك)

إلا إذا أسقط[١] الخيار في المجلس[٢]، فيعود[٣] إلى الجواز لارتفاعه[٤] قبل تقرره[٥]، وفيه[٦] خلاف زفر رحمه الله[٧].

قال: ولا يجوز التصرف[٨] في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع ديناراً بعشرة دراهم، ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبًا فالبيع في الثوب فاسد؛ لأن القبض[٩] مستحق[١٠] بالعقد حقًا لله تعالى[١١]، وفي تجوزه فواته[١٢]، وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب، كما نقل عن زفر رحمه الله[١٣]، لأن الدراهم لا تتعين، فينصرف العقد[١٤] إلى مطلقها[١٥]، ولكنا نقول: الثمن في باب الصرف مبيع، لأن البيع لا بد له منه[١٦]، ولا شيء سوى الثمنين[١٧]، فيجعل كل واحد منهما مبيعًا لعدم

(١٥) قوله: "يفوت إلخ" والفرق بين العبارتين أن في الخيار يتأخر القبض إلى زمان سقوطه، فلم يكن في الحال مستحقًا، وفي الأجل ذكر في العقد ما ينافي القبض، وذكر منافي الشيء مفوت له كذا قيل، وكأنه راجع إلى أن في الأول استحقاق القبض فائت، وفي الثاني القبض المستحق شرعًا فائت. (ع)

(١٦) بالعقد.

(١) قوله: "إلا إذا أسقط إلخ" استثناء من لازم قوله: لا يصح شرط الخيار، وهو وجوب شرط التقابض المستلزم لبطلان ما فيه شرط الخيار، ولم يذكر إسقاط الأجل، لأنه لو سلم في المجلس بإسقاط الأجل يجوز، وإن لم يوجد الإسقاط ذكرًا، كذا في "النهاية". (مل)

(٢) يعني منهما إن كان الخيار لهما، أو ممن له ذلك. (ع)

(٣) استحسانًا.

(٤) الفساد.

(٥) الفساد وهو يكون بتبدل المجلس.

(٦) وقوله هو القياس.

(٧) فإنه قال: لا يعود جائزًا.

(٨) بهبة أو صدقة أو بيع.

(٩) في العشرة.

(١٠) واجب.

(١١) لأن الربا حرام حقًا له تعالى. (ن)

(١٢) أي فوات حق الله تعالى.

(١٣) إنما ذكر بعن لأن ظاهر مذهبه كمذهب الثلاثة.

(١٤) أي بيع الثوب.

(١٥) قوله: "إلى مطلقها [الدراهم]" أي مطلق الدراهم، وإن اشترى الثوب ولم يضف إلى بدل الصرف يجوز، فكذلك إذا أضاف لأنها لا تتعين، وإن كانت مشاراً إليها فكانت الإضافة والإطلاق سواء. (ن)

(١٦) أي من المبيع.

(١٧) قوله: "ولا شيء إلخ" يعني أن عقد الصرف عقد بيع لأنه مبادلة مال بمال، ولذا لو حلف لا يبيع، فيصارف يحنث، والبيع ما يشتمل على مبيع وثمن، وليس كل من بدليه أولى، بأن يجعل مبيعًا فجعل كل مبيعًا من وجه، وثمنًا من

الأولوية[١]، وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز، وليس[٢] من ضرورة كونه مبيعًا أن يكون متعينًا كما في المسلم فيه.

ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة[٣]، لأن المساواة غير مشروطة[٤] فيه[٥]، ولكن يشترط القبض فى المجلس[٦] لما ذكرنا[٧]، بخلاف بيعه[٨] بجنسه مجازفة؛ لما فيه من احتمال الربا[٩]. قال: ومن باع جارية[١٠] قيمتها ألف مثقال فضة، وفي عنقها طوق فضة قيمته ألف مثقال[١١] بألفى مثقال فضة، ونقد من الثمن ألف مثقال[١٢]، ثم افترقا فالذى نقد ثمن الفضة؛ لأن قبض حصة الطوق واجب[١٣] فى المجلس[١٤] لكونه بدل الصرف، والظاهر منه[١٥] الاتيان بالواجب.

وكذا لو اشتراهما[١٦] بألفى مثقال ألف نسيئة، وألف نقد فالنقد ثمن الطوق؛

وجه ضرورة انعقاد البيع، وإن كان كل ثمنًا حقيقةً كبيع العرض بالعرض اعتبر كل ثمنًا من وجه، وإن كان مبيعًا حقيقة، فلو جاز الاستبدال به من حيث إنه ثمن فلا يجوز من حيث إنه مثمن، فلا يجوز بالشك. (ن)

(١) قوله: "لعدم الأولوية" قيل: لا نسلم عدم الأولوية فإن ما أدخله الباء أولى بالثمنية، وأجيب بأن ذلك فى الأثمان الجعلية كالمكيلات والموزونات التى هى غير الدراهم والدنانير إذا كانت دينًا فى ذمة لا فى الأثمان الخلقية. (ع)

(٢) قوله: "وليس من ضرورة إلخ" جواب أن يقال: لو كان بدل الصرف مبيعًا لكان متعينًا، لأن المبيع متعين، قلنا: المسلم فيه مبيع، وذلك غير متعين بل هو واجب فى الذمة غير عين، إلا أن شبهة كونه متعينًا قد ظهرت فى الثوب حتى حصل به تقدير الثمن، وإن لم يكن متعينًا فى نفسه. (نهاية)

(٣) وكذا سائر الأموال الربوية بخلاف جنسها كالحنطة والشعير. (ف)

(٤) لاختلاف الجنس.

(٥) قوله: "فيه" أى فى بيع الذهب بالفضة، وكل جنسين مختلفين. (ف)

(٦) المراد بالمجلس ما قبل الافتراق، فعبر بالمجلس عنه. (ف)

(٧) أى من الحديث والمعقول. (ك)

(٨) فإنه لا يجوز.

(٩) قوله: "لما فيه من احتمال الربا" وإن كانا متساوين فى الوزن فى الواقع لا يجوز أيضًا، لأن العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحة العقد، لأن الفضل الموهوم فى هذا الباب كالمتحقق. (ع)

(١٠) قوله: "ومن باع إلخ" فيه إيماء إلى أن الجمع بين النقود وغيرها فى البيع لا يخرج النقود عن كونها صرفًا بما يقابلها من الثمن. (ع)

(١١) الفضة.

(١٢) الفضة.

(١٣) حقًا للشرع وقبض ثمن الجارية ليس بواجب. (ع)

(١٤) أى قبل الافتراق.

(١٥) لأن من حال البائع المسلم أن يؤدى الواجب.

(١٦) قوله: "وكذا لو اشتراهما [أى الجارية والطوق] إلخ" ولو اشتراهما بألفى مثقال فضة نسيئة فسد فى الكل عند أبى حنيفة، أما الطوق فلفوات التقابض، وأما فى الأمة فلأن المفسد مقارن العقد، وقد تقرر فى الكل معنى من حيث

لأن الأجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية، والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما[١]، وكذلك لو باع سيفا محلى بمائة درهم، وحليته[٢] خمسون[٣]، ودفع[٤] من الثمن خمسين جاز البيع[٥]، فكان المقبض حصة الفضة وإن لم يبين ذلك لما بينا[٦]. وكذلك إن قال[٧]: خذ هذه الخمسين من ثمنهما؛ لأن الاثنين قد يراد* بذكرهما الواحد[٨]، قال الله تعالى: ﴿يخرج منهما[٩] اللؤلؤ والمرجان﴾، والمراد أحدهما[١٠]، فيحمل[١١] عليه بظاهر حاله.

فإن لم يتقابضا[١٢] حتى افترقا بطل العقد في الحلية؛ لأنه صرف فيها، وكذا[١٣] في السيف إن كان لا يتخلص[١٤] إلا بضرر، لأنه لا يمكن تسليمه[١٥] بدون الضرر،

إن قبول العقد في البعض شرط لقبوله في الباقي، وعندهما لا يفسد في الأمة، لأن الفساد يتقدر بقدر المفسد عندهما، أما لو اشتراهما بألفي مثقال، ولم ينقد من الثمن شيئًا حتى افترقا بطل في الطوق دون الجارية بالإجماع، لأن الفساد في الطوق طارئ فلا يتعدى إلى الأمة. (ك)

(١) العاقدين.

(٢) أي الخمسون ثمن الحلية.

(٣) درهمًا.

(٤) ساكتًا عنهما.

(٥) لحمل أمور المسلمين على الصلاح.

(٦) إشارة إلى قوله: لأن قبض حصة الطوق إلخ.

(٧) قوله: "وكذلك إلخ" بخلاف ما لو صرح فقال: خذ هذه الألف من ثمن الجارية، فإن الظاهر حينئذٍ عارضه التصريح بخلافه، فإذا قبضه ثم افترقا بطل في الطوق كما إذا لم يقبضه. (ف)

* كما في قوله عليه السلام لمالك بن الحويرث وابن عمر: «إذا سافرتما فأذنا وأقيما» راجع نصب الراية ج ٤ ص٥٧، والدراية ج٢ تحت حديث كتاب الصرف ص١٦٣. (نعيم)

(٨) مجازًا عند قيام الدليل.

(٩) قوله: "يخرج منهما" أي من البحرين العذب والملح، والمراد أحدهما إذ اللؤلؤ والمرجان يخرجان من الملح دون العذب لما أن الملح والعذب يلتقيان، فيكون العذب كاللقاح للملح. (عين)

(١٠) أي الملح.

(١١) قوله: "فيحمل" أي فيحمل قوله: خذ هذه الخمسين إلخ على ثمن الطوق بظاهر حاله فإن حال المسلم أن لا يباشر إلا على وجه الجواز.

(١٢) قوله: "فإن لم يتقابضا" أي في الصورتين حتى افترقا بطل في حصة الطوق والحلية، لأنه صرف فيها، ويصح في الجارية، وأما السيف فإن كان لا يتخلص إلخ، ولقد وقع الإفراط في تصوير المسألة حيث جعل طوقها ألف مثقال فضة فإنه عشرة أرطال بالمصري، ووقوع هذا المقدار في العنق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب، وعرف من هذا الوجه أن كون قيمتها مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل الأصل أنه إذا بيع نقد من غيره بنقد من جنسه لا بد أن يزيد الثمن على النقد المضموم إليه. (ف)

(١٣) بطل.

ولهذا[١] لا يجوز إفراده[٢] بالبيع كالجدع فى السقف[٣]، وإن كان يتخلص السيف بغير ضرر جاز البيع فى السيف، وبطل فى الحلية، لأنه أمكن إفراده[٤] بالبيع، فصار كالطوق والجارية[٥]. وهذا[٦] إذا كانت[٧] الفضة[٨] المفردة[٩] أزيد مما[١٠] فيه[١١]، فإن كانت مثله[١٢]، أو أقل منه، أولا يدرى[١٣] لا يجوز البيع للربا، أو لاحتماله[١٤]، وجهة الصحة من وجه[١٥]، وجهة الفساد من وجهين، فترجحت[١٦].

قال: ومن باع إناء فضة[١٧] ثم افترقا[١٨]، وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض[١٩]، وصح فيما قبض، وكان الإناء[٢٠] مشتركًا بينهما[٢١]؛ لأنه[٢٢] صرف

---

(١٤) السيف خلص فلانًا نجاه مخلص. (ق)

(١٥) السيف.

(١) أى لأجل عدم تسليم السيف إلا بضرر.

(٢) السيف.

(٣) فبيع الجدع فى السقف لا يجوز لعدم إمكان تسليمه إلا بضرر.

(٤) السيف.

(٥) أى كالجارية التى فى عنقها طوق.

(٦) أى الجواب فى المسألتين إذا الخ.

(٧) قوله: "وهذا إذا كانت الخ" تعميم الكلام لأن فرض المسألة أن الحلية خمسون، والثمن مائة، فكان ذكره مستغنى عنه لكنه عمم الكلام لبيان الأقسام الآخر. (ع)

(٨) أى الثمن. (ف)

(٩) فالفضة بالفضة والباقى بالباقى.

(١٠) أى من الفضة التى فى المبيع.

(١١) المبيع.

(١٢) هو غير جائز لأنه ربا لأن الفضل ربا. (ع)

(١٣) أى مقدارها.

(١٤) أى فيما لا يدرى، أى فيما إذا كان مثله، أو أقل منه. (ك)

(١٥) قوله: "وجهة الصحة إلخ" جواب عن قول زفر فى ما لا يدرى بأن الأصل هو الجواز، والمفسد هو الفضل الخالى عن العوض، فما لم يعلم به حكم بجوازه، وحاصل الجواب أن ما لا يدرى يجوز فى الواقع أن يكون مثلا، وأن يكون أقل، وأن يكون زائدا، فإن كان زائدًا جاز وإلا فسد، فتعدد جهة الفساد، فترجحت. (ع)

(١٦) قوله: "فترجحت" فإن قيل: الترجيح إنما يكون بشيء لا يكون علة لإثبات الحكم ابتداء، وههنا كل واحد من الجهتين، أعنى المساواة والنقصان من المفرز علة عدم الجواز ابتداء، فلا يصلح للترجيح.
قلنا: مراده أنه إذا كان أحدهما يكفى للحكم، فما ظنك عند اجتماعهما لا الترجيح الحقيقى. (ك)

(١٧) بفضة أو بذهب. (ع)

(١٨) العاقدان.

(١٩) ثمنه. (ع)

كله[١]، فصح[٢] فيما وجد شرطه[٣]، وبطل فيما لم يوجد، والفساد طار[٤]، لأنه يصح، ثم يبطل بالافتراق[٥]، فلا يشيع.

ولو استحق[٦] بعض الإناء فالمشترى بالخيار[٧] إن شاء أخذ الباقي بحصته، وإن شاء رده؛ لأن الشركة عيب في الإناء[٨]، ومن باع قطعة نقرة[٩]، ثم استحق بعضها[١٠] أخذ ما بقي بحصته، ولا خيار له؛ لأنه لا يضره التبعيض[١١].

قال: ومن باع درهمين، وديناراً بدرهم، ودينارين جاز البيع[١٢]، وجعل كل جنس منهما[١٣] بخلافه[١٤]. وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا يجوز، وعلى هذا[١٥] الخلاف[١٦] إذا باع كر شعير، وكر حنطة بكرى حنطة وكرى شعير.

---

(٢٠) قوله: "وكان الإناء مشتركًا إلخ" لا يقال: إن فيه تفريق الصفقة على المشترى، فينبغي أن يتخير، لأن التفرق من جهة الشرع باشتراط القبض لا من العاقد، فصار كهلاك أحد العوضين، ولأن الشركة وقعت بصنعه، وهو الافتراق قبل نقد كل الثمن. (ك)

(٢١) البائع والمشترى.

(٢٢) هذا العقد.

(١) قوله: "لأنه صرف كله" بهذا يحترز عن جارية في عنقها طوق، وسيف محلى بمائة درهم، فإنه بيع وصرف، ففيهما الحكم من حيث الدليل. (ن)

(٢) أي بقي صحيحًا. (عناية)

(٣) التقابض.

(٤) قوله: "والفساد طار" فصار كما إذا باع عبدين، ومات أحدهما قبل القبض، فإن البيع يبقى في الباقي، ويبطل في الهالك. (مل)

(٥) قوله: "لأنه [أي العقد] يصح، ثم يبطل إلخ" بناء على ما هو المختار من أن القبض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانعقاد على وجه الصحيح. (ف)

(٦) في هذه المسألة. (ع)

(٧) بخلاف ما مر، لأن الشركة فيه وقعت بصنعته.

(٨) فإن الإناء ينتقص بالتبعيض.

(٩) قوله: "نقرة [سيم گداخته. ص]" المراد بالنقرة قطعة فضة مذابة. (ع)

(١٠) القطعة.

(١١) فالشركة فيها ليست بعيب بخلاف الإناء.

(١٢) تصحيحًا للعقد. (ع)

(١٣) أي من الدرهم والدينار.

(١٤) فيعتبر الدرهمان بالدينارين، والدرهم بالدينار. (ف)

(١٥) أي يصح عندنا خلافًا لهما.

(١٦) قوله: "وعلى هذا الخلاف إلخ" الأصل أن الأموال الربوية المختلفة الجنس إذا اشتمل عليها الصفقة، وكان في صرف الجنس إلى الجنس فساد يصرف كل جنس منهما إلى خلافه عند العلماء الثلاثة خلافًا لهما. (ع)

لهما: أن فى الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه، لأنه قابل الجملة بالجملة، ومن قضيته الانقسام على الشيوع[١] لا على التعيين والتغيير[٢] لا يجوز[٣] وإن[٤] كان فيه تصحيح التصرف كما إذا اشترى قلبًا[٥] بعشرة، وثوبًا بعشرة، ثم باعهما[٦] مرابحة[٧] لا يجوز وإن[٨] أمكن[٩] صرف الربح إلى الثوب.

وكذا إذا اشترى عبدًا بألف درهم، ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز فى المشترى بألف[١٠] وإن[١١] أمكن تصحيحه[١٢] بصرف الألف[١٣] إليه[١٤]. وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره، وقال: بعتك أحدهما لا يجوز وإن[١٥] أمكن تصحيحه[١٦] بصرفه إلى عبده. وكذا إذا باع درهمًا وثوبًا بدرهم وثوب، وافترقا[١٧] من غير قبض فسد العقد فى الدرهمين، ولا يصرف الدرهم إلى

(١) قوله: "ومن قضيته [أى المقابلة على تأويل التقابل. ن] الانقسام على الشيوع" بأن ينقسم كل بدل من هذا الجانب على البدلين من ذلك الجانب، وكذا كل بدل من ذلك الجانب على البدلين من هذا الجانب، ومتى وجبت المقابلة هكذا جاء التفاضل ضرورة، إذ الحنطة والشعير والدراهم والدينار من أحد الجانبين أكثر، فيتحقق الربا، وفى صرف الجنس إلى خلافه تغيير تصرفه، وإثبات مقابلة لا دليل عليها فى لفظه، نعم فيه تصحيح تصرفه، ولكن تغيير التصرف لا يصح لتصحيح التصرف. (ك)

(٢) أى تغيير تصرفهما. (ف)

(٣) قوله: "لا يجوز" لأنه تصير المقابلة غير الأولى، ويكون التصرف تصرفًا آخر، والواجب تصحيح تصرف العاقل على الوجه الذى باشره، وقصده لا على خلاف ذلك، والعاقدان قصدًا المقابلة المطلقة لا مقابلة الجنس إلى خلاف الجنس، وهى إنشاء تصرف آخر، فسخ التصرف الأول. (عينى)

(٤) الواو وصلية.

(٥) أى سوارًا وزنه عشرة دراهم. (عينى)

(٦) صفقة واحدة. (ف)

(٧) على عشرين.

(٨) الواو وصلية.

(٩) تصحيحًا لتصرفه.

(١٠) لأنه شراء ما باع بأقل مما باع.

(١١) الواو وصلية.

(١٢) العقد.

(١٣) لأنه لو صرف الألف إلى المشترى لا يكون شراء ما باع بأقل مما باع. (ن)

(١٤) أى إلى المشترى وخمس مائة إلى الآخر.

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) العقد.

(١٧) العاقدان.

الثوب[١] لما ذكرنا[٢]. ولنا: أن المقابلة[٣] المطلقة تحتمل[٤] مقابلة الفرد بالفرد[٥] كما في مقابلة الجنس بالجنس، وإنه[٦] طريق متعين[٧] لتصحيحه[٨]، فتحمل عليه تصحيحًا لتصرفه، وفيه[٩] تغيير وصفه[١٠] لا أصله[١١]، لأنه يبقى موجبه[١٢] الأصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل، وصار هذا كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف[١٣] إلى نصيبه[١٤] تصحيحًا لتصرفه، بخلاف[١٥] ما عد من المسائل. أما مسألة المرابحة لأنه يصير[١٦] تولية في القلب[١٧] بصرف الربح كله إلى الثوب، والطريق[١٨] في المسألة الثانية غير متعين[١٩]، لأنه يمكن[٢٠] صرف الزيادة[٢١]

---

(١) وإن أمكن تصحيح التصرف بصرف الجنس إلى خلاف الجنس. (عيني)

(٢) قوله: "لما [أي ليس ذلك كله إلا لما ذكرنا. ع] ذكرنا" وهو قوله: من قضيته الانقسام على الشيوع لا التعيين والتغيير لا يجوز. (ن)

(٣) قوله: "أن المقابلة المطلقة إلخ" يعني أن العقد يقتضي مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع، ولا مقابلة الفرد بالفرد من جنسه، أو من خلاف جنسه لأنها مقابلة مقيدة، واللفظ المطلق غير متعرض لواحد منها، ولكن مع هذا يحتمل مقابلة الفرد، وسائر وجوه المقابلة لا يقتضيه الإطلاق، وذلك لأن الذات لا تخلو عن وصف من الأوصاف كما عرف في الرقبة، ألا ترى أنه لو أتى بهذه المقابلة ثم قال: على أن يكون الجنس بخلاف الجنس يصح، ويصير الفرد مقابلا للفرد، ولو لا الاحتمال لما صح التفسير به، ولما كانت هذه المقابلة يحتمل مقابلة الفرد بالفرد إلخ. (ك)

(٤) قوله: "تحتمل إلخ" يعني يحتمل أن يقابل أحد الجنسين بالجنس الآخر بأن يقابل الدرهمان بالدينارين، والدينار بالدرهم كما في الجنس بالجنس، بأن باع دينارين بدينارين يكون الفرد بمقابلة الفرد بالاتفاق. (عيني)

(٥) بأن يكون الواحد بالواحد، والاثنان بالاثنين. (ن)

(٦) أي أن مقابلة الفرد بالفرد. (ن)

(٧) قوله: "طريق متعين" منع ذلك بإمكان أن يكون درهم من الدرهمين بمقابلة درهم، والدرهم الآخر بمقابلة دينار من الدينارين، والدينار بمقابلة الدينار الآخر. قلنا: هذا غلط، لأنا ما أردنا من الطريق إلا الصرف إلى خلاف الجنس على أي وجه كان علا أن فيما ذكرتم تغيرات كثيرة، وما هو أقل تغيراً متعين. (ع)

(٨) العقد.

(٩) قوله: "وفيه [أي في هذا الحمل] إلخ" أي ليس فيه تغيير كلامه بل هو تعيين أحد المحتملين ولئن كان فيه تغيير ففيه تغيير وصفه. (ك)

(١٠) شيوع العقد.

(١١) العقد كما فهم زفر.

(١٢) العقد.

(١٣) بيعه وإن كان في ذلك تغيير وصف من الشيوع إلى التعيين. (ع).

(١٤) البائع لا إلى النصف الشائع.

(١٥) شروع في الجواب عن مسائل الإمام زفر.

(١٦) أي يتغير أصل العقد. (ك)

(١٧) قوله: "يصير تولية إلخ" والتولية ضد المرابحة، والشيء لا يتناول ضده، وقد صرح بقوله: بعتهما مرابحة. (ن)

على الألف إلى المشترى، وفى الثالثة أضيف البيع إلى المنكر، وهو ليس بمحل للبيع[١]، والمعين ضده، وفى الأخيرة انعقد العقد[٢] صحيحًا، والفساد[٣] في حالة البقاء، وكلامنا في الابتداء[٤]. قال: ومن باع[٥] أحد عشر[٦] درهمًا بعشرة دراهم ودينار جاز البيع، ويكون العشرة بمثلها، والدينار بدرهم، لأن شرط البيع فى الدراهم التماثل على ما روينا[٧]، فالظاهر أنه أراد[٨] به ذلك[٩]، فبقي الدرهم بالدينار، وهما جنسان، ولا يعتبر التساوى فيهما[١٠]. ولو تبايعا فضة بفضة، أوذهبًا بذهب، وأحدهما أقل[١١]، ومع أقلهما شيء آخر[١٢] يبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية، وإن لم تبلغ[١٣] فمع الكراهة[١٤]، وإن لم يكن له قيمة كالتراب لا

---

(١٨) أى طريق الجواز. (ن)

(١٩) لأنه متعدد، فيبقى الثمن مجهولا، فيفسد العقد.

(٢٠) قوله: "لأنه يمكن إلخ" أى كما يجوز أن يصرف الألف إلى المشترى فكذلك يجوز أن يصرف إليه ألف، وواحد، أو اثنان، أو ثلاثة، وإلى الآخر أربع مائة وتسعة وتسعين، أو شيء، والوجوه كلها سواء، وليس بعضها أولى من البعض، فيفسد العقد لجهالة طريق الجواز. (ك)

(٢١) مع الألف.

(١) لجهالته.

(٢) قوله: "انعقد العقد إلخ" أى العقد صحيح من غير الصرف إلى خلاف الجنس، فإن القبض فى المجلس شرط بقاء العقد، ونحن إنما صححنا بهذا ليصح لا ليبقى صحيحًا، فلا يلزم. (ن)

(٣) بالافتراق بلا قبض. (ع)

(٤) قوله: "وكلامنا فى الابتداء" والحاجة إلى التصحيح فوق الحاجة إلى الإبقاء على الصحة، لأنه لو لا الصحة يكون هو مرتكبا للمحرم فى مباشرة الصرف، ولا كذلك البقاء على الصحة، ولأن الفساد ثمة موهوم لجواز أن يتقابضا فى المجلس، وههنا متحقق. (ك)

قوله: "وكلامنا فى الابتداء" يعنى الذى نحن فيه لايصح العقد فيه ابتداء بدون صرف الجنس إلى خلاف الجنس.(ب)

(٥) قوله: "ومن باع إلخ" المسألة المتقدمة كان البدلان فيهما جنسين من الأموال الربوية، وفى هذه أحدهما، وهى صحيحة كالأولى. (ف)

(٦) قوله: "أحد عشر" فى هذه المسألة أحد الطرفين جنس واحد، والآخر مشتمل على جنسين. (ك)

(٧) وهو قوله عليه السلام: «الفضة بالفضة مثل بمثل». (نهاية)

(٨) حملا على الصلاح. (ع)

(٩) أى التماثل.

(١٠) أى فى الجنسين.

(١١) وزنًا.

(١٢) بأن باع عشرة دراهم، وثوبًا بخمسة عشر درهمًا. (ك)

(١٣) أى قيمة باقى الفضة كالجوزة وكف من زبيب. (ن)

(١٤) قوله: "فمع الكراهة" قيل لمحمد: كيف تجده فى قلبك؟ قال: مثل الجبل، ولم ترو الكراهة عن أبى حنيفة بل

يجوز البيع لتحقق الربا إذ الزيادة لا يقابلها عوض، فيكون ربا.

ومن كان له على آخر عشرة دراهم، فباعه الذى عليه العشرة ديناراً بعشرة دراهم، ودفع الدينار وتقاصا[١] العشرة[٢] بالعشرة فهو جائز[٣]، ومعنى المسألة إذا باع بعشرة مطلقة[٤]، ووجهه[٥] أنه يجب بهذا العقد[٦] ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا[٧]، والدين[٨] ليس بهذه الصفة، فلا يقع المقاصة بنفس البيع[٩] لعدم المجانسة[١٠]، فإذا تقاصا[١١] يتضمن ذلك فسخ الأول[١٢]، والإضافة إلى الدين[١٣]، إذ لو لا[١٤] ذلك[١٥] يكون استبدالا[١٦] ببدل الصرف، وفى الإضافة إلى

صرح فى الإيضاح أنه لا بأس به عند أبى حنيفة، قال: وإنما كره محمد ذلك لأنه إذا جاز على هذا الوجه ألف الناس التفاضل، واستعملوه فيما لا يجوز، وهكذا ذكر فى "المحيط" أيضًا. وقيل: إنما كره لأنهما باشرا الحيلة لسقوط الربا كبيع العينة فإنه مكروه بهذا، وأورد: لو كان مكروهاً كان البيع فى مسألة الدرهمين والدينار بدرهم، ودينارين، وهى المسألة الخلافية مكروها، ولم يذكره. قلت: الذى يقتضيه النظر أن يكون مكروها إذ لا فرق بينه وبين المسألة المذكورة فى جهة الكراهة، غاية الأمر أنه لم ينص هناك على الكراهة، ثم ذكر أصلا كليًا يفيده، وينبغى أن يكون قول أبى حنيفة أيضاً على الكراهة كما هو ظاهر إطلاق المصنف من غير ذكر خلاف. (ف)

(١) قوله: "وتقاصا العشرة إلخ" بخلاف ما لو جعل رأس المال قصاصًا لأن المسلم فيه دين، وبالمقاصة يصير افتراقًا عن دين بدين. (ن)

(٢) بالتراضى.

(٣) استحسانًا.

(٤) قوله: "بعشرة مطلقة" أى من غير أن تقيد بالعشرة التى عليه أما إذا قيد بذلك فقال: بالعشرة التى عليه يجوز البيع بلا خلاف بخلاف المطلقة، فإنه جائز عندنا خلافًا لزفر. (ن)

(٥) الجواز.

(٦) أى العقد المطلق.

(٧) قوله: "لما ذكرنا" وهو قوله: لا بد من قبض العوضين قبل الافتراق إلخ. (ن)

(٨) أى الدين السابق لا يجب تعيينه بالقبض. (ك)

(٩) وفى نسخة: العقد.

(١٠) قوله: "لعدم المجانسة" أى بين العين والدين فإن بدل الصرف يجب أن يكون متعينًا بالقبض، وهذا دين سبق وجوبه، فينبغى أن لا يجوز، وإن تقاصا كما فى السلم إلا أنه يجوز لأنهما لما أقدما على المقاصة، ولا صحة لها مع بقاء عقد الصرف لما قاله زفر: يتضمن ذلك إلخ. (ن)

(١١) بالتراضى. (عينى)

(١٢) قوله: "فسخ الأول" أى الصرف الأول وهو الصرف المطلق، وهو بيع الدينار بعشرة مطلقة. (عينى)

(١٣) قوله: "والإضافة [فانفسخ الأول اقتضاء] إلخ" أى يتضمن ذلك إضافة العقد إلى الدين، وهو بيع الدينار بالعشرة التى هى دين فصار كأنه قال: بعت هذا الدينار منك بالعشترة التى لك على. (عينى)

(١٤) قوله: "إذ لو لا ذلك" أى لو لا تحويل العقد إلى صرف آخر وهو بيع الدينار بالعشرة التى هى دين. (عينى)

(١٥) الانفساخ.

الدين[١] يقع المقاصة[٢] بنفس العقد على ما نبينه[٣]، والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما إذا تبايعا بألف، ثم بألف وخمسمائة[٤].

وزفر رحمه الله يخالفنا فيه[٥]، لأنه[٦] لا يقول: بالاقتضاء[٧]، وهذا[٨] إذا كان الدين سابقًا[٩]، فإن كان لاحقًا[١٠] فكذلك[١١] فى أصح الروايتين[١٢] لتضمنه[١٣] انفساخ الأول[١٤]، والإضافة[١٥] إلى دين قائم وقت تحويل العقد[١٦]، فكفى[١٧] ذلك للجواز[١٨]. قال: ويجوز بيع درهم صحيح، ودرهمين غلتين[١٩] بدرهمين

---

(١٦) قبل القبض [وهو لا يجوز].

(١) السابق.

(٢) قوله: "يقع المقاصة إلخ" لأنهما لما أضافا العقد إلى الدين وجب ثمن لا يجب تعيينه، لأنه يسقط، وتعيين الساقط محال، فلهذا وقعت المقاصة ههنا بنفس العقد لتجانسهما، وعقد الصرف على هذا الوجه جائز، لأن قبض البدلين إنما يكون شرطا احترازاً عن الربا، فإنه إذا كان أحدهما مقبوضا، والآخر غير مقبوض، وافترقا يكون بيع عين بدين، والعين خير من الدين، لأن الدين مما يقع فيه الخطر فى عاقبة، ولا خطر فى دين يسقط، فلا ربا بينه وبين المقبوض فى المجلس. (ك)

(٣) إشارة إلى قوله: فكفى ذلك للجواز.

(٤) فإن العقد الأول ينفسخ.

(٥) ويقول: لا يجوز، وهو القياس.

(٦) زفر.

(٧) فبقى العقد الأول، وليس المقاصة فيه.

(٨) أى المقاصة، وفسخ الأول.

(٩) على العقد على بيع الدينار. (ف)

(١٠) قوله: "فإن كان [الدين] لاحقًا" بأن اشترى ديناراً بعشرة دراهم، وقبض الدينار، ثم إن مشترى الدينار باع ثوبًا من بائع الدينار بعشرة دراهم، ثم أراد أن يتقاصا. (عينى)

(١١) أى يقع المقاصة.

(١٢) قوله: "فى أصح الروايتين" هى رواية أبى سليمان، واختارها فخر الإسلام، وفى رواية أبى حفص، واختارها شمس الأئمة، وقاضى خان لا يقع المقاصة، لأن الدين لاحق. (عناية)

(١٣) المقاصة.

(١٤) أى الصرف الأول.

(١٥) أى إضافة عقد الصرف.

(١٦) فيكون الدين ثابتًا سابقًا على المقاصة.

(١٧) هذا هو الموعود من الجواب عن السؤال الأول. (ع)

(١٨) أى هذه الإضافة.

(١٩) قوله: "غلتين" غلة –بالفتح– در آمد هر چيزى از حبوب ونقود وجز آن وآمد كرايه مكان ومزد غلام وما حصل زمين. (من). الغلة ما يرده بيت المال لا للزيافة بل لأنها دراهم منقطعة متكسرة يكون فى القطعة ربع، وثمن، وأقل، وبيت المال لا يأخذ إلا العالى. (ف)

صحيحين، ودرهم غلة، والغلة ما يرده بيت المال[١]، ويأخذه التجار، ووجهه[٢] تحقق المساواة في الوزن[٣]، وما عرف من سقوط اعتبار الجودة[٤].

قال: وإذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة، وإذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب، ويعتبر فيهما[٥] من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد، حتى لا يجوز بيع الخالصة[٦] بها، ولا بيع بعضها ببعض إلا متساويا في الوزن، وكذا لا يجوز الاستقراض بها[٧] إلا وزنًا[٨]، لأن النقود لا تخلو عن قليل غش[٩] عادةً، لأنها لا تنطبع إلا مع الغش[١٠]، وقد يكون الغش خلقيًا كما في الرديء[١١] منه[١٢]، فيلحق القليل[١٣] بالرداءة[١٤]، والجيد والرديء سواء.

وإن كان الغالب عليهما[١٥] الغش، فليسا في حكم الدراهم والدنانير[١٦]، اعتبارًا للغالب[١٧]، فإن اشترى بها[١٨] فضة خالصة، فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف[١٩].

---

(١) أي لا لزيافتها بل لكونها قطعًا. (رد المحتار)

(٢) الجواز.

(٣) مع صدور العقد عن أهله في محله.

(٤) عند المقابلة بالجنس. (ع)

(٥) أي في هذه الدراهم والدنانير الغير الخالصة.

(٦) أي الدراهم والدنانير الخالصة.

(٧) كاستقراض الذهب والفضة الخالصين. (ف)

(٨) أي لا عددًا.

(٩) العيب المغشوش الغير الخالص. (ق وكنز اللغات)

(١٠) فإنها بدون بعض الغش لا يجتمع بعضها مع بعض.

(١١) الذي يقال له: ناقص العيار في عرفنا. (ف)

(١٢) أي من الذهب والفضة.

(١٣) من الغش.

(١٤) الفطرية.

(١٥) دراهم ودنانير.

(١٦) قوله: "فليسا إلخ" هذا إذا كانت الفضة لا تتخلص عن الغش لأنها صارت مستهلكة، ولا اعتبار لها، وأما إذا كانت تتخلص من الغش فليست مستهلكة، كذا في "شرح الأقطع". (ن)

(١٧) لأن المغلوب في مقابلة الغالب كالمستهلك. (ع)

(١٨) دراهم مغشوشة.

(١٩) قوله: "فهو على الوجوه إلخ" وهي أنه إن كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التي في الدراهم، أو أقل، أو لا

فإن بيعت[١] بجنسها متفاضلا جاز صرفًا[٢] للجنس إلى خلاف الجنس[٣]، فهى[٤] فى حكم شيئين فضة وصفر[٥]، ولكنه صرف[٦] حتى يشترط القبض فى المجلس[٧] لوجود الفضة من الجانبين، فإذا شرط القبض فى الفضة يشترط فى الصفر، لأنه لا يتميز عنه[٨] إلا بضرر.

قال رضى الله عنه[٩]: ومشايخنا رحمه الله[١٠] لم يفتوا بجواز ذلك[١١] فى العدالى[١٢] والغطارفة[١٣] لأنها أعز الأموال فى ديارنا[١٤]، فلو أبيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا. ثم إن كانت[١٥] تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيهما[١٦] بالوزن، وإن

يدرى لا يصح العقد فى الفضة، ولا فى النحاس إذا كان لا يتخلص الفضة إلا بضرر، وإن كانت الخالصة أكثر مما فى الدراهم جاز ليكون ما فى الدراهم من الفضة بمثلها من الخالصة، والزائد من الخالصة بمقابلة الغش. (ف)

(١) الدراهم التى غشها غالب. (ن)

(٢) قوله: "صرفًا للجنس إلخ" أى يصرف كل من الدراهم إلى غش دراهم أخرى، لأنها فى حكم شيئين إلخ. (ف)

(٣) ضرورة صحة العقد. (ع)

(٤) أى الدراهم المغشوشة.

(٥) قوله: "وصفر [بالضم الذى يعمل منه الأوانى. صحاح]" الصفر مثل قفل، وكسر الصاد لغة النحاس، وقيل: أجوده (مصباح)، وفى "شرح الشرعة": هو شيء مركب من المعدنيات كالنحاس والأسرب وغير ذلك. (رد المحتار) قوله: "صفر" بهندى كانسى.

(٦) قوله: "ولكنه [أى العقد] صرف إلخ" جواب أن يقال: ينبغى أن لا يشترط القبض فى المجلس فى هذه الصورة، لأنه لما صرف الجنس إلى خلاف الجنس، أى الفضة إلى الصفر وبالعكس لم يبق صرفًا، ولما لم يبقَ صرفًا لا يشترط التقابض فى المجلس. قلنا: إنما صرفنا الجنس إلى خلافه لحاجتنا إلى جواز العقد، فإذا جاز بذلك الطريق لا حاجة لنا إلى البقاء، فلم يكن كل واحد منهما مصروفًا إلى خلاف الجنس فى حق القبض بل صرف إلى جنسه، فيشترط التقابض فى المجلس لعدم الحاجة إلى بقاء العقد على الصحة، لأن الحاجة إنما تمس فى نفى المفسد الطارئ. (ن)

(٧) أى قبل الافتراق. (ف)

(٨) الفضة.

(٩) أى المصنف. (ع)

(١٠) يريد به علماء ماوراء النهر. (ع)

(١١) قوله: "بجواز ذلك [التفاضل] إلخ" أى بجواز التفاضل فى هذه الأموال لم يفتوا لأنه لو جاز حل الربا فى أعز الأموال لقاسوا عليه جواز الربا فى الذهب والفضة بالتدريج. (ن)

(١٢) هذان نوعان من الدراهم المغشوشة. (ميرجان)

(١٣) قوله: "والغطارفة" الدراهم الغطريفية منسوب إلى غطريف بن عطاء الكندى أمير خراسان أيام الرشيد، كذا فى "المغرب"، وقيل: هو خال هارون رشيد. (ن)

(١٤) أى بخارا وسمرقند.

(١٥) أى الدراهم والدنانير التى غلب الغش فيها.

(١٦) الدراهم والدنانير.

كانت تروج بالعد فبالعد، وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما، لأن المعتبر هو المعتاد فيهما[١] إذا لم يكن فيهما نص، ثم هي[٢] ما دامت تروج تكون أثمانًا[٣] لا تتعين بالتعيين، وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين[٤]، وإذا كانت يتقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها[٥] زيوفًا[٦] إن كان البائع يعلم بحالها[٧] لتحقق الرضا[٨] منه[٩]، وبجنسها من الجياد إن كان[١٠] لا يعلم لعدم الرضا منه[١١]. وإذا اشترى بها[١٢] سلعة فكسدت[١٣]، وترك الناس[١٤] المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله[١٥]: عليه[١٦] قيمتها[١٧] يوم البيع[١٨]، وقال محمد رحمه الله: قيمتها آخر[١٩] ما تعامل

---

(١) أي في الدراهم والدنانير المغشوشة.

(٢) أي الدراهم والدنانير المغشوشة.

(٣) فإن هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد ويجب عليه المثل. (ع)

(٤) كالرصاص ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم. (ع)

(٥) أي بجنس الدراهم المغشوشة. (ك)

(٦) كما في الرائجة. (ف)

(٧) قوله: "بحالها" أي بحال الدراهم والدنانير المغشوشة بأنها زيفة، ويقبلها البعض دون البعض. (مير جان)

(٨) وهو إدراج نفسه في البعض الذي يقبلونها. (ف)

(٩) بجنس الزيوف. (ع)

(١٠) البائع.

(١١) بالزيوف. (ع)

(١٢) أي بالدراهم المغشوشة. (ن)

(١٣) قوله: "فكسدت" الكساد أن لا تروج في جميع البلدان، هذا على قول محمد، وأما عندهما الكساد في بلد يكفي لفساد البيع في تلك البلدة. (عيني)

(١٤) قوله: "وترك الناس إلخ" المصنف فسر الكساد بترك الناس المعاملة بها، ولم يذكر أنه في كل البلاد أو في البلد الذي وقع عليه العقد، ونقل عن "عيون المسائل": أن عدم الرواج إنما يوجب فساد البيع إذا كان لا تروج في جميع البلدان، لأنه حينئذ يصير هالكًا، ويبقى البيع بلا ثمن. وأما إذا كانت لا تروج في هذه البلدة وتروج في غيرها لا يفسد البيع، لأنه لم يهلك لكنه تعيب، فكان للبائع الخيار إن شاء قال: أعط مثل النقد الذي وقع عليه البيع، وإن شاء أخذ قيمة ذلك دنانير، قالوا: وما ذكر في "العيون": يستقيم على قول محمد، وأما على قولهما فلا يستقيم. (ع)

(١٥) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" قال الشارحون: هذا الذي ذكره القدوري من الاختلاف مخالف لما في "المبسوط"، و"الأسرار"، و"شرح الطحاوي" حيث ذكر البطلان عند كساد الفلوس في هذه الكتب من غير خلاف بين أصحابنا الثلاثة. (ع)

(١٦) أي على المشتري.

(١٧) أي قيمة هذه الدراهم المغشوشة.

(١٨) قال في "الذخيرة": وعليه الفتوى. (ف)

الناس بها[١]. لهما: أن العقد قد صح[٢] إلا أنه تعذر التسليم[٣] بالكساد، وأنه[٤] لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب فانقطع[٥]، وإذا بقي العقد وجبت القيمة[٦] لكن عند أبي يوسف رحمه الله وقت البيع، لأنه مضمون به[٧]، وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع، لأنه أوان الانتقال[٨] إلى القيمة. ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الثمن يهلك بالكساد، لأن الثمنية[٩] بالاصطلاح[١٠] وما بقي[١١]، فيبقى[١٢] بيعًا بلا ثمن، فيبطل، وإذا بطل البيع[١٣] يجب[١٤] رد المبيع إن كان قائمًا، وقيمته إن كان هالكًا كما في البيع الفاسد. قال: ويجوز البيع بالفلوس، لأنه[١٥] مال معلوم، فإن كانت نافقة جاز البيع بها وإن لم تعين[١٦] لأنها أثمان[١٧] بالاصطلاح، وإن كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها، لأنها سلع، فلا بد من تعيينها.

---

(١٩) وهو يوم الانقطاع في السوق.

(١) وفي "المحيط": به يفتى. (ف)

(٢) لوجود مبادلة المال بالمال.

(٣) أي تسليم الثمن. (ف)

(٤) أي تعذر التسليم.

(٥) قوله: "فانقطع" انقطاعه أن لا يوجد في الأسواق، فلا يبطل البيع حينئذ بالاتفاق، ويجب القيمة، ولا ينتظر إلى زمان الرطب في السنة الثانية، فكذا هذا. (عيني)

(٦) على المشتري.

(٧) قوله: "لأنه مضمون به" أي لأن الثمن مضمون بالبيع، فكان كالمغصوب يعتبر قيمة يوم الغصب، لأنه مضمون فيه. (عيني)

(٨) من نفس الدراهم.

(٩) قوله: "لأن الثمنية إلخ" أي الدراهم التي غشها غالب إنما جعلت ثمنًا بالاصطلاح، فإذا ترك الناس المعاملة بها بطل الاصطلاح. (عيني)

(١٠) بخلاف النقدين فإن ماليتهما بالخلقة لا بالاصطلاح. (ف)

(١١) نافية.

(١٢) العقد.

(١٣) قوله: "وإذا بطل البيع إلخ" ثم إذا فسد البيع بالكساد، أو بالانقطاع، فإن لم يكن المبيع مقبوضًا فلا حكم لهذا البيع أصلا، وإن كان مقبوضًا، فإن كان قائمًا رده على البائع، وإن كان مستهلكًا، أو هالكًا رجع البائع عليه بقيمة المبيع إن لم يكن مثليًا، وبمثله إن كان مثليًا. (ك)

(١٤) على المشتري.

(١٥) أي لأن الفلس.

(١٦) كالدراهم والدنانير.

(١٧) حتى لو هلكت قبل القبض لا ينفسخ العقد. (ف)

وإذا باع بالفلوس النافقة، ثم كسدت[١] بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله خلافًا لهما، وهو نظير الاختلاف الذي بيناه[٢].

ولو استقرض فلوسًا نافقةً، فكسدت عند أبي حنيفة رحمه الله يجب عليه[٣] مثلها[٤]، لأنه[٥] إعارة، وموجبه رد العين[٦] معنى[٧]، والثمنية[٨] فضل[٩] فيه[١٠] إذ القرض لا يختص به[١١]، وعندهما[١٢] يجب قيمتها، لأنه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض، فيجب رد قيمتها[١٣] كما إذا استقرض مثليًا[١٤] فانقطع[١٥] لكن عند أبي يوسف رحمه الله يوم القبض، وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل[١٦]، وأصل الاختلاف[١٧] فيمن غصب مثليًا[١٨] فانقطع، وقول محمد رحمه

(١) قبل القبض.

(٢) قوله: "وهو نظير الاختلاف الذي بيناه" أي في الدراهم الغالب الغش، فإنه يبطل البيع، فيجب على المشتري رد المبيع على البائع إن كان قائمًا، ورد مثله، أو قيمته إن كان هالكًا، وعندهما يجب قيمتها لكن عند أبي يوسف قيمة يوم البيع، وعند محمد قيمة يوم الانقطاع. (مل)

(٣) أي على المستقرض.

(٤) من الفلوس، أي عددًا. (ف)

(٥) الاستقراض.

(٦) قوله: "وموجبه [الاستقراض] رد العين" وبالنظر إلى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة، ولما كان قرضًا والانتفاع به إنما يكون بإتلاف عينه فات رد عينه حقيقة، فيجب رد عينه معنى، وهو المثل، ويجعل بمعنى العين حقيقة، لأنه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بجنسه نسيئة، وهو لا يجوز. (ع)

(٧) أي من حيث المعنى لا من حيث الحقيقة.

(٨) قوله: "والثمنية إلخ" جواب عما يقال: كيف يكون المثل معنى، وقد فات وصف الثمنية، وإنما كان بمعنى العين أن يورد مثله حال كونه نافقًا، وتوضيح الجواب: أن القرض لا يختص بالثمنية يعني صحة استقراض الفلس لم يكن باعتبار الثمنية بل لأنه مثلي، وبالكساد لم يخرج من أن يكون مثليًا، ولهذا يصح استقراضه بعد الكساد. (عيني)

(٩) قوله: "فضل" بخلاف البيع فإن دخول الفلوس في العقد فيه بصفة الثمنية، وقد فات ذلك بالكساد. (ع)

(١٠) أي في القرض. (ف)

(١١) أي بالثمن. (ن)

(١٢) وتأخير دليلهما بحسب عادة المصنف ظاهر في اختياره قولهما. (ف)

(١٣) قوله: "فيجب رد قيمتها [لأنه ليس المثل المجرد في معناها. ع]" وهذا لأن القرض وإن لم يختص وصف الثمنية لا يقتضي سقوط اعتبارها إذا كان القرض قرضًا موصوفًا بها، لأن الأوصاف معتبرة في الديون، لأنها تعرف بخلاف الأعيان المشار إليها، فإن وصفها لغو لأنها تعرف بذواتها. (ف)

(١٤) كالرطب.

(١٥) فيجب رد القيمة.

(١٦) قوله: "من قبل" وكثير من المشايخ كانوا يفتون بقول محمد، وبه كان يفتي الصدر الشهيد حسام الدين، والصدر الكبير برهان الأئمة، وبعض مشايخ زماننا أفتوا بقول أبي يوسف رحمه الله. (ك)

الله أنظر[١] للجانبين، وقول أبي يوسف رحمه الله أيسر[٢].

قال: ومن اشترى شيئًا بنصف درهم[٣] فلوس[٤] جاز، وعليه ما يباع[٥] بنصف درهم من الفلوس[٦]، وكذا إذا قال بدانق[٧] فلوس، أو بقيراط فلوس جاز. وقال زفر رحمه الله: لا يجوز في جميع ذلك، لأنه اشترى بالفلوس، وأنها تقدر بالعدد لا بالدانق، ونصف الدرهم فلا بد من بيان عددها[٨].

ونحن نقول: ما يباع بالدانق[٩] ونصف الدرهم من[١٠] الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه[١١]، فأغنى عن بيان العدد، ولو قال: بدرهم فلوس[١٢]، أو

---

(١٧) قوله: "وأصل الأختلاف إلخ" أي الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد في اعتبار القيمة يوم القبض أو الكساد فرع الاختلاف فيمن غصب مثليًا، فانقطع، فعند أبي يوسف تجب القيمة يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع. (عيني)

(١٨) كالرطب.

(١) قوله: "أنظر" أي للمقرض والمستقرض، أما للمقرض فبالنسبة إلى قول أبي حنيفة، لأنه على قوله يلزم على المقرض مثل تلك الفلوس الكاسدة، وليس فيه نظر للمقرض، وأما للمستقرض فبالنسبة إلى قول أبي يوسف، فإن الواجب عليه قيمتها يوم القبض عنده، فكان ترك النظر للمستقرض، فقلنا: بقيمة يوم الكساد ونظرًا للجانبين. (ن)

(٢) قوله: "أيسر" لأن ثمن الفلوس كانت معلومة يوم القبض للمقرض والمستقرض كما هي معلومة للمتعاقدين يوم البيع، والناس أجمع، فكان العمل بها أيسر، وأقل اختلافًا بين الناس، وأما قيمة يوم الانقطاع فغير معلومة للناس بل يختلفون اختلافًا كثيرًا، فلا يكون أيسر في معرفة حكم الشرع. (ن)

(٣) أي بفلوس قيمتهما نصف درهم فضة. (ك)

(٤) يعني إن ذلك النصف من الدراهم فلوس لا نقرة. (ع)

(٥) قوله: "وعليه إلخ" أي يجب على المشتري إذا اشترى شيئًا بهذا اللفظ قدر ما يباع من عدد الفلوس بمقابلة نصف درهم فضة إذا بيعت الفلوس بمقابلة نصف درهم في سوق الصيارفة. (نهاية)

(٦) بيان ما يباع.

(٧) قوله: "بدانق إلخ" في "المغرب": الدانق -بالفتح والكسر- قيراطان والجمع دوانق، ودانيق، وفي الصحاح: الدانق سدس الدرهم والقيراط نصف دانق، وأصله قيراط -بالتشديد- بدليل جمعه على قراريط، فأبدل من إحدى حرفي تضعيفه ياء. (نهاية)

(٨) قوله: "فلا بد من بيان عددها [وإلا يبقى مجهولا فلا يجوز]" ولا يحصل ذلك بتسمية الدراهم لأن الناس قد يستقصون في بيع الفلوس، وقد يتسامحون. (نهاية)

(٩) قوله: "ما يباع إلخ" يعني أن ما يباع بالدانق، وما ذكر من الفلوس معلوم، وهو المراد بقوله: بنصف درهم فلوس لأنه لما ذكر نصف الدرهم، ثم وصفه بأنه فلوس وهو لا يمكن عرف أن المراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم عند الناس، فأغنى عن ذكر العدد بخصوصه، وإذا صار كناية عما يباع بنصف درهم وربع درهم لم يلزم جهالة الثمن. (ف)

(١٠) بيان ما.

(١١) قوله: "والكلام فيه" يعني فرض المسألة فيما إذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلومًا حين العقد، فكان مغنيًا عن ذكر العدد. (عيني)

(١٢) أي بفلوس قيمتها درهم فضة.

بدرهمين فلوس، فكذلك[١] عند أبي يوسف رحمه الله، لأن ما يباع بالدرهم من[٢] الفلوس معلوم وهو المراد، لا وزن الدرهم من الفلوس، وعن محمد رحمه الله أنه لا يجوز بالدرهم، ويجوز فيما دون الدرهم، لأن في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلومًا بحكم العادة، ولا كذلك الدرهم، قالوا: وقول أبي يوسف رحمه الله أصح[٣] لا سيما في ديارنا[٤].

قال: ومن أعطى صيرفيًا[٥] درهمًا، وقال: أعطني بنصفه فلوسًا، وبنصفه[٦] نصفًا إلا حبة جاز البيع في الفلوس، وبطل فيما بقي عندهما، لأن بيع نصف درهم بالفلوس جائز، وبيع النصف بنصف إلا حبة ربا، فلا يجوز.

وعلى قياس[٧] قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل، لأن الصفقة متحدة، والفساد قوي[٨] فيشيع، وقد مر[٩] نظيره[١٠]، ولو كرر لفظ الإعطاء[١١] كان جوابه كجوابهما[١٢] هو الصحيح[١٣]، لأنهما بيعان[١٤]، ولو قال[١٥]: أعطني نصف درهم

---

(١) أي يجوز.

(٢) بيان ما.

(٣) قوله: "أصح" وجه الأصح أن ما يباع بالدرهم إلى آخر ما مر أي بذكر الدرهم والدانق يصير عدد الفلوس معلومًا لأن قدر ما يوجد بالدرهم أو الدرهمين من الفلوس معلوم في السوق، فكان تسمية الدرهم كتسمية ما يقابله من عدد الفلوس في الأعلام على وجه لا يتمكن المنازعة بينهما. (نهاية)

(٤) أي المدن التي وراء النهر، فإنهم يشترون الفلوس بالدراهم. (ف)

(٥) قوله: "صيرفيًا" أي صرافًا، وهو من قولهم: الدرهم على الدرهم صرف في الجودة والقيمة، أي فضل، وقيل لمن يعرف هذا الفضل ويميز هذه الجودة: صراف وصيرفي، كذا في "المغرب". (كفاية)

(٦) أي أعطني بنصف الدرهم درهمًا صغيرًا يساوي نصف الدرهم إلا حبة. (ن)

(٧) عبارة الكتاب تدل على أنه لا نص عن أبي حنيفة. (ع)

(٨) مقارن للعقد؛ لأن هذا الفساد مجمع عليه. (ف ونهاية)

(٩) قوله: "وقد مر نظيره" وهو ما إذا جمع بين حر وعبد، وباعهما صفقة واحدة، فلو لم يبين ثمن كل واحد منهما يشيع الفساد في الكل بالإجماع، وإن بين يشيع على قول أبي حنيفة. (ن)

(١٠) في البيع الفاسد. (ف)

(١١) قوله: "ولو كرر لفظ الإعطاء" بأن قال: أعطني بنصفه كذا فلسًا، وأعطني بنصفه الباقي نصفًا إلا حبة فالحكم أن العقد في حصة الفلوس جائز بالإجماع. (ك)

(١٢) في أن الفساد يخص النصف الآخر. (ف)

(١٣) قوله: "هو الصحيح" حكي عن الفقيه عمر بن جعفر الهندواني، والفقيه مظفر بن اليمان، والشيخ الإمام شيخ الإسلام ههنا أيضًا لا يصح وإن كرر لفظ الإعطاء، لأن الصفقة متحدة، لأنها لو تفرقت إنما تفرقت بتكرر قوله: أعطني، ولا وجه إليه، لأن قوله: أعطني مساومة، وبتكرر المساومة لا يتكرر البيع، ألا ترى أن بذكر المساومة لا ينعقد البيع، حتى إن من قال لآخر: بعني، فقال: بعت لا ينعقد البيع ما لم يقل الآخر: اشتريت، وإذا كان لا ينعقد البيع بذكر

فلوسًا، ونصفًا[١] إلا حبة جاز، لأنه قابل الدرهم بما يباع من[٢] الفلوس بنصف درهم، وبنصف درهم إلا حبة، فيكون نصف درهم[٣] إلا حبة بمثله، وما وراءه بإزاء الفلوس، قال رضى الله عنه[٤]: وفى أكثر نسخ "المختصر"[٥] ذكر المسألة الثانية[٦].

كتاب الكفالة[٧]

قال: الكفالة هى الضم لغةً، قال الله تعالى: ﴿وكفلها زكريا[٨]﴾، ثم قيل: هى[٩] ضم الذمة إلى الذمة فى المطالبة[١٠]، وقيل: فى الدين، والأول[١١] أصح[١٢].

المساومة، فبتكراره كيف يتكرر العقد، وكانت الصفقة واحدة، والصحيح أنهما بيعان، فلا يشيع الفساد. (ك)

(١٤) فلا يشيع الفساد، وفساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر. (ك)

(١٥) حين دفع إليه الدرهم الكبير. (ف)

(١) النصب على البدلية من نصف. (ن)

(٢) بيان ما.

(٣) قوله: "فيكون نصف إلخ" بخلاف المسألة الأولى لأنه صرح بالفساد حيث جعل بإزاء الدرهم الصغير نصف درهم من الدرهم الكبير إلا حبة، وهو ربا، والعاقدان متى صرحا بفساد العقد لا يحمل على وجه الصحة، وأما فى هذه المسألة لم يصرح، فإنه لم يبين للدرهم الصغير حصة من الدرهم الكبير. (ن)

(٤) أى المصنف. (ع)

(٥) أى مختصر القدورى. (ك)

(٦) قوله: "ذكر المسألة الثانية" أى قوله: أعطنى نصف درهم فلوسا ونصفًا إلا حبة جاز، ولم يذكر فى أكثر نسخ المختصر المسألة الأولى، وهو قوله: من أعطى صيرفيًا درهمًا، وقال: أعطنى بنصفه فلوسًا إلخ.

وفى بعض نسخة: ولو قال: أعطنى بنصف درهم درهمًا صغيرًا وزنه نصف درهم إلا حبة و بالباقى فلوسًا جاز البيع، انتهى، وهذا غلط من الكتاب كذا فى المضمرات شرح القدورى، والحكم فيه أن البيع فاسد عند الإمام، وقالا: جاز فى حصة الفلوس خاصة، فتأمل. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٧) قوله: "كتاب الكفالة" ركنها الإيجاب والقبول عند أبى حنيفة ومحمد، خلافًا لأبى يوسف فى قوله الآخر، حتى عندهما الكفالة لا تتم بالكفيل وحده سواء كفل بالمال، أو بالنفس ما لم يوجد قبول المكفول له، أو قبول أجنبى عنه فى مجلس العقد، وقال أبويوسف آخر: الكفالة تتم بالكفيل وجد القبول أو الخطاب من غيره، أو لم يوجد. وأما شرطها: كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل حتى لا يصح الكفالة بالحدود والقصاص، وأن يكون دينًا صحيحًا، ولهذا لم يصح الكفالة ببدل الكتابة، وأما أهلها فأهل التبرع بأن كان حرًا مكلفًا، فلا يصح من العبد والصبى، وحكمها وجوب المطالبة على الكفيل. (ك)

قوله: "الكفالة" عقب البيوع بذكر الكفالة لأنها تكون فى البياعات غالبًا، ولأنها إذا كانت بأمر كان فيها معنى المعاوضة انتهاء، فناسب ذكرها عقيب البيوع التى هى معاوضة. (ع)

(٨) قوله: "وكفلها [أى مريم، أى ضمها إلى نفسه. ك] زكريا" أى ضمها إلى نفسه، وقرأ بتشديد الفاء، ونصب زكريا، أى جعله كافلا لها، وضامنًا لمصالحها. (ع)

(٩) أى فى الشريعة. (ك)

(١٠) دون الدين. (ك)

قال[١]: الكفالة ضربان: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال، فالكفالة بالنفس جائزة، والمضمون بها إحضار المكفول به.

وقال الشافعي رحمه الله: لا تجوز[٢]، لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه، إذ لا قدرة[٣] له[٤] على نفس المكفول به، بخلاف الكفالة بالمال، لأن له[٥] ولاية على مال نفسه. ولنا: قوله عليه السلام[٦]: «الزعيم[٧] غارم[٨]»*، وهذا يفيد[٩] مشروعية الكفالة بنوعيها[١٠]، ولأنه[١١] يقدر على تسليمه[١٢] بطريقه[١٣] بأن يعلم[١٤] الطالب مكانه[١٥]، فيخلي بينه وبينه[١٦]، أو يستعين[١٧] بأعوان القاضي في ذلك،

---

(١١) قوله: "والأول" أي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة أصح، لأنه لو وجب الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الأصيل يصير الدين الواحد دينين. (نهاية)

(١٢) لأن الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمة. (م)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) هذا هو منقول عن الشافعي، والقول الأظهر عند الشافعية إنها جائزة، كذا في "فتح القدير".

(٣) قوله: "إذ لا قدرة إلخ" أما إذا كانت الكفالة بغير أمره فظاهر وإن كان بأمره، فلان أمره بالكفالة لا يثبت له ولاية في نفسه ليسلم. (م)

(٤) أي للكفيل.

(٥) أي للكفيل.

(٦) رواه أبو داود والترمذي. (ف)

(٧) أي الكفيل. (م)

(٨) الضامن. (م)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٧، والدراية ج٢، الحديث ٨٠٩ ص١٦٣. (نعيم)

(٩) لأنه مطلق.

(١٠) قوله: "بنوعيها" الكفالة بالنفس والمال، فإن قيل: قوله عليه السلام: «الزعيم غارم» يدل على وجوب الغرم على الكفيل، والكفيل بالنفس لا يغرم شيئًا، فكيف يستدل به على مشروعيته؟ قلنا: الغرم ينبئ عن لزوم شيء يضره، وعلى الكفيل بالنفس يلزم الإحضار، والحاجة ماسة إلى هذا النوع، وهي ضرورة إحياء حقوق العباد، لأنه ربما يغيب نفسه، فيتوى حق صاحب الحق، وعن الصحابة أنهم جوزوا الكفالة بالنفس. (ك)

(١١) أي لأن الكفيل، جواب عن قول الشافعي.

(١٢) أي المكفول به.

(١٣) فإن قدرة كل شيء بحسبه. (م)

(١٤) الكفيل.

(١٥) المكفول به.

(١٦) المكفول به.

(١٧) الكفيل.

والحاجة ماسة إليه[١]، وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة فيه[٢] وهو الضم في المطالبة.

قال[٣]: وتنعقد[٤] إذا قال: تكفلت بنفس فلان[٥]، أو برقبته، أو بروحه، أو بجسده، أو برأسه، وكذا ببدنه، وبوجهه؛ لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن، إما حقيقةً[٦] أو عرفًا[٧] على ما مر في الطلاق، وكذا إذا قال[٨]: بنصفه، أو بثلثه، أو بجزء منه، لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ، فكان ذكر بعضها شائعًا[٩] كذكر كلها، بخلاف ما إذا قال: تكفلت بيد فلان[١٠]، أو برجله، لأنه لا يعبر بهما[١١] عن البدن حتى لا يصح إضافة الطلاق إليهما[١٢]، وفيما تقدم[١٣] يصح[١٤]. وكذا إذا قال[١٥]: ضمنته، لأنه تصريح بموجبه[١٦]، أو قال: هو علي، لأنه[١٧] صيغة الالتزام[١٨]، أو قال: إليّ؛ لأنه في معنى علي في هذا المقام، قال عليه السلام: «ومن ترك[١٩] مالا فلورثته ومن ترك كلا[٢٠] أو عيالا[٢١] فإليّ»*.

---

(١) أي إلى عقد الكفالة بالنفس.

(٢) أي في عقد الكفالة بالنفس.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) قوله: "وتنعقد [الكفالة بالنفس] إلخ" لما فرغ من أنواع الكفالة شرع في ذكر الألفاظ المستعملة فيها. (ع)

(٥) قوله: "بنفس فلان" لم يذكر محمد ما إذا تكفل بعينه، قال البلخي: لا يصح كما في الطلاق إلا أن ينوي به البدن، والذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق إذ العين مما يعبر به عن الكل، يقال: عين القوم، وهو عين في الناس. (ف)

(٦) كجسده أو بدنه. (ن)

(٧) قوله: "أو عرفًا" كوجهه ورأسه، ورقبته، فإن كلا منها مخصوص بعضو خاص، فلا يشمل الكل حقيقة، لكنه يشمله بطريق العرف. (عناية)

(٨) تنعقد الكفالة بالنفس.

(٩) أي غير معين.

(١٠) حيث لا يصح الكفالة بالنفس.

(١١) أي باليد والرِّجل.

(١٢) اليد والرجل.

(١٣) أي الجزء الشائع كالنصف.

(١٤) أي إضافة الطلاق.

(١٥) أي تنعقد الكفالة بالنفس.

(١٦) قوله: "لأنه تصريح بموجبه [لأن موجب الكفالة لزوم الضمان في المال في أكثر الصور. ف]" أي بموجب عقد الكفالة، لأنه يصير به ضامنا للتسليم، والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك. (ك)

(١٧) أي عليّ.

(١٨) فأفاد الضمان، فصحت الكفالة.

(١٩) قوله: "من ترك إلخ" أخرج أبو داود والنسائي، وابن ماجة عن المقدام بن معديكرب، قال: قال رسول

وكذا[١] إذا قال: أنا زعيم[٢] به، أو قبيل؛ لأن الزعامة هي الكفالة، وقد روينا[٣] فيه[٤]، والقبيل[٥] هو الكفيل، ولهذا سمى الصك[٦] قبالة[٧]، بخلاف ما إذا قال[٨]: أنا ضامن لمعرفته[٩]، لأنه التزم المعرفة[١٠] دون المطالبة.

قال: فإن شرط[١١] في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه[١٢] إحضاره إذا طالبه[١٣] في ذلك الوقت، وفاء بما التزمه. فإن أحضره[١٤] وإلا حبسه الحاكم، لامتناعه[١٥] عن إيفاء حق مستحق عليه[١٦]، ولكن لا يحبسه[١٧] أول

الله ﷺ: «من ترك كلا فإلي، ومن ترك مالا فلورثته، وأنا وارث من لا وارث له، أعقل عنه وارثه»، ورواه ابن حبان في "صحيحه"، وفي لفظ لأبي داود: «أنا أولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك دينًا أو ضيعة فإلي». (ف)

(٢٠) اليتيم.

(٢١) قوله: "أو عيالا [هو من يعوله، أي يقوته. ك]" عيال –بالكسر–: أولاد وزن، وآنكه تكفل وتعهد حال ايشان ومؤنث ايشان بايد نمود، ونفقه بايد داد. (م)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٨، والدراية ج٢، الحديث ٨١٠ ص١٦٤. (نعيم)

(١) تنعقد الكفالة.

(٢) كأمير ضامن. (من)

(٣) وهو قوله عليه السلام: «الزعيم غارم». (ك)

(٤) أي في أن الزعامة الكفالة.

(٥) قبالة بالفتح ضامن شدن. (م)

(٦) قوله: "الصك" صك بالفتح وتشديد كاف نامه، وقباله معرب چک. (م)

(٧) لأنه قابل بما فيه.

(٨) قوله: "بخلاف ما إذا قال إلخ" وعن نصير قال: سأل ابن محمد بن الحسن أبا سليمان الجوزجاني عن رجل قال لآخر: أنا ضامن بمعرفة فلان، قال أبو سليمان: أما في قول أبي حنيفة وأبيك لا يلزم شيء. وأما أبو يوسف قال: هذا على معاملة الناس وعرفهم، قال الفقيه أبو الليث في " [illegible] ن أبي يوسف غير مشهور، والظاهر ما عن أبي حنيفة ومحمد في "خزانة الواقعات"، وبه يفتى، أي بظاه[illegible] "المنتقى" أن في قول أبي يوسف فيمن قال: أنا ضامن لك بمعرفة فلان يلزمه، وعلى هذا معاملة الناس. (ف)

(٩) أي لا يصير كفيلا. (ن)

(١٠) قوله: "لأنه التزم المعرفة إلخ" يعني أن موجب الكفالة التزام التسليم، وهو ضمن المعرفة لا التسليم، وفي الفارسية بأن قال: من ضامنم دانستن، ويرا عامة المشايخ قالوا: يكون كفيلا، فكأنهم فرقوا بين الفارسية والعربية، كذا في فتاوى قاضي خان. (ك)

(١١) هذه مسألة القدوري.

(١٢) الكفيل.

(١٣) أي المكفول له.

(١٤) في ذلك الوقت فيها.

(١٥) الكفيل.

مرة[١]، فلعله[٢] ما درى لماذا يدعى، ولو غاب[٣] المكفول[٤] بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه[٥]، فإن مضت[٦] ولم يحضره يحبسه[٧] لتحقق امتناعه[٨] عن إيفاء الحق. قال: وكذا إذا ارتد[٩] -والعياذ بالله- ولحق بدار الحرب[١٠]، وهذا[١١] لأنه[١٢] عاجز فى المدة، فينظر[١٣] كالذى أعسر[١٤]، ولو سلمه قبل ذلك[١٥] برئ[١٦] لأن الأجل حقه، فيملك إسقاطه كما فى الدين المؤجل[١٧].

---

(١٦) فصار ظالما، والحبس جزاء الظلم.

(١٧) الحاكم الكفيل.

(١) لأن الحبس جزاء الظلم، ولا يظهر فى أول الوهلة.

(٢) أى لعل الكفيل.

(٣) مسافة بعيدة أو قريبة.

(٤) المدعى عليه.

(٥) قوله: "أمهله الحاكم [أى الكفيل] إلخ" ويستوثق منه بكفيل، هذا إذا عرف مكانه، وإن لم يعرف مكانه، واتفق الطالب والكفيل على ذلك سقطت المطالبة عن الكفيل للحال إلى أن يعرف مكانه، لأنهما تصادقا على عجزه عن التسليم للحال. وإن وقع الاختلاف بين الطالب والكفيل فقال الكفيل: لا أعرف مكانه، وقال الطالب: تعرف مكانه، فإن كانت له خرجة معروفة يخرج إلى موضع معلوم للتجارة فى كل وقت، فالقول قول الطالب، ويؤمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع، لأن الظاهر شاهد للمدعى، وإن لم يكن ذلك معروفا منه، فالقول قول الكفيل، لأنه متمسك بالأصل، وهو الجهل، ومنكر لزوم المطالبة إياه والطالب يدعيه. (ك)

(٦) المدة.

(٧) أى يحبس الحاكم الكفيل.

(٨) مع إمكانه.

(٩) قوله: "وكذا [أى يمهل مدة الذهاب والمجىء] إذا ارتد إلخ" وفى "الذخيرة": إذا لحق المكفول بنفسه بدار الحرب إن كان الكفيل قادراً على رده، بأن كان بيننا وبين أهل الحرب موادعة، أن من لحق بهم مرتداً يردونهم علينا إذا طلبنا، يمهل قدر الذهاب والمجىء، وإن لم يكن قادراً على رده بأن لم يتقدم موادعة على الوجه الذى قلنا: فالكفيل لا يؤاخذ به. (ك)

(١٠) قوله: "ولحق إلخ" واللحاق وإن كان موتاً فهو حكمى فى ماله ليعطى الأقرب إليه، أما حقوق العباد فثابتة على حالها. (ف)

(١١) أى الإمهال.

(١٢) أى الكفيل.

(١٣) الإنظار مهلت دادن. (م)

(١٤) وعليه دين فإنه يمهل [إعسار بالكسر درويش شدن]. (م)

(١٥) الوقت المعين.

(١٦) أى الكفيل.

(١٧) إذا أدى قبل الأجل برئ.

قال[١]: وإذا أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه[٢] مثل أن يكون في مصر[٣] برئ الكفيل من الكفالة[٤]؛ لأنه أتى بما التزمه[٥]، وحصل المقصود[٦] به، وهذا[٧] لأنه ما التزم التسليم إلا مرة.

وإذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود[٨]، وقيل[٩]: في زماننا لا يبرأ[١٠]، لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الإحضار[١١]، فكان التقييد[١٢] مفيداً.

وإن سلمه في برية[١٣] لم يبرأ، لأنه[١٤] لا يقدر على المخاصمة فيها[١٥]، فلم يحصل المقصود، وكذا[١٦] إذا سلمه في سواد[١٧] لعدم قاض يفصل الحكم فيه.

ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة رحمه الله للقدرة[١٨] على المخاصمة فيه، وعندهما لا يبرأ[١٩]، لأنه[٢٠] قد يكون شهوده

---

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) أي في ذلك المكان.

(٣) قوله: "مثل أن يكون في مصر" أي من الأمصار، ثم الشرط عندهما أن يكون ذلك المصر هو الذي كفل فيه، وعن أبي حنيفة ليس ذلك بشرط، وهي المسألة الأخيرة من مسائل التسليم.

(٤) سواء قبله الطالب أو لا. (ف)

(٥) بالكفالة. (ف)

(٦) أي مقصود المكفول له.

(٧) أي إتيانه بما التزمه.

(٨) قوله: "لحصول المقصود [هو القدرة على المحاكمة. ع]" إذ المقصود من التسليم في مجلس الحاكم إمكان الخصومة، واستخراج الحق بإثبات حقه عليه، وهذا الإمكان حاصل متى سلمه في مكان آخر من هذا المصر. (ك)

(٩) القائل شمس الأئمة السرخسي.

(١٠) قيل: ويجب أن يفتى بهذا، إذا شرط التسليم في مجلس القضاء بالتسليم في غير ذلك المجلس. (عنايه)

(١١) قوله: "لا على الإحضار" يعني أن الظاهر أنه لا يعاونه أحد من أهل الطريق والسوق على إحضار المكفول به في مجلس القاضي بل يعاونونه على الامتناع لغلبة أهل الفسق والفساد. (مل)

(١٢) بمجلس القاضي.

(١٣) صحرا وزمين بى كشت برارى جسم. (من)

(١٤) المكفول له.

(١٥) البرية.

(١٦) أي لا يبرأ.

(١٧) هي القرى التي ليس فيها قضاة [سواد بالفتح ديهاى شهر. (م)

(١٨) لأن المحاكمة تتحقق عند كل قاض: فصار التسليم في البلدين سواء.

(١٩) قوله: "وعندهما [وقولهما أوجه. (ف)] إلخ" قيل: هذا اختلاف عصر وزمان، فإن أبا حنيفة كان في القرن

فيما عينه[١]، ولو سلمه[٢] في السجن، وقد حبسه[٣] غير الطالب لا يبرأ[٤]، لأنه لا يقدر[٥] على المخاصمة فيه[٦].

قال[٧]: وإذا مات المكفول به[٨] برئ الكفيل بالنفس من الكفالة؛ لأنه عجز عن إحضاره، ولأنه سقط الحضور عن الأصيل[٩]، فيسقط الإحضار عن الكفيل، وكذا إذا مات الكفيل[١٠]، لأنه لم يبقَ قادراً على تسليم المكفول بنفسه[١١]، وماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب[١٢]، بخلاف الكفيل بالمال[١٣]، ولو مات المكفول به، فللوصي أن يطالب الكفيل، وإن لم يكن[١٤] فلوارثه[١٥] لقيامه[١٦] مقام الميت.

قال[١٧]: من كفل[١٨] بنفس آخر[١٩] ولم يقل: إذا دفعت إليك فأنا بريء، فدفعه

الثاني، وقد شهد رسول الله ﷺ لأهله بالصدق، فكانت الغلبة لأهل الصلاح، والقضاة لا يرغبون إلى الرشوة، وعامل كل مصر منقاد لأمر الخليفة، فلا يقع التفاوت بالتسليم إليه في ذلك المصر أو في مصر آخر، ثم تغير الحال بعد ذلك في زمان أبي يوسف ومحمد، فظهر الفساد، والميل من القضاة إلى أخذ الرشوة، فيتقيد التسليم بالمصر الذي كفل له فيه دفعاً للضرر عن الطالب. (ع)

(٢٠) قوله: "لأنه قد يكون إلخ" وذلك القاضي يعرف حادثته، فتعارض الموهومان وبقي التسليم سالماً عن المعارض، فيبرأ، وهذا إذا لم يشترط التسليم في مصر كفل فيه، وإن شرط فلا يبرأ فيه عندهما، وعلى قوله اختلف المشايخ فيه. (ك)

(١) فيتعسر عليه إقامة البينة في بلد آخر.

(٢) كائناً.

(٣) أي القاضي قد حبسه لأجل غير الطالب.

(٤) وإن كان الحابس هو الطالب برئ. (ع)

(٥) قوله: "لأنه لا يقدر إلخ" لأن الغرض من التسليم تمكنه من إحضاره بمجلس الحكم ليثبت عليه حقه، وذا لا يتأتى إذا كان محبوساً. (ك)

(٦) أي في الحبس.

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) المدعى عليه.

(٩) المكفول به.

(١٠) أي يسقط الكفالة.

(١١) فإن قيل: فليؤد الدين من ماله أجاب بأن ماله إلخ. (ع)

(١٢) أي الإحضار، وتسليم المكفول به.

(١٣) قوله: "بخلاف الكفيل بالمال" حيث لا يبطل الكفالة بالمال بموت الكفيل لنيابة ماله منابه، إذ المقصود هناك إيفاء حق المكفول له بالمال، ومال الكفيل صالح لذلك، فيؤخذ ماله من تركته، ثم يرجع ورثته على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره كما في الحياة. (ن)

(١٤) الوصي.

(١٥) المكفول له.

(١٦) أي لقيام كل واحد من الوصي والوارث.

إليه فهو بريء ؛ لأنه[1] موجب[2] التصرف[3]، فيثبت[4] بدون التنصيص[5] عليه، ولا يشترط[6] قبول الطالب التسليم[7] كما في قضاء الدين. ولو[8] سلم[9] المكفول به نفسه[10] من كفالته صح[11]، لأنه مطالب بالخصومة، فكان له[12] ولاية الدفع[13]، وكذا[14] إذا سلمه إليه[15] وكيل الكفيل، أو رسوله لقيامهما[16] مقامه.

قال[17]: فإن تكفل بنفسه[18] على أنه إن لم يواف[19] به[20] إلى وقت كذا فهو

---

(١٧) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٨) قوله: "ومن كفل بنفس آخر إلخ" قال الفقيه أبو الليث: إنما ذكر هذا لدفع توهم أنه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة إلى أن يستوفي حقه، لأن الكفالة ما أريدت إلا للتوثق لاستيفاء الحق فما لم يستوفه يجب عليه تسليمه إلى أن يستوفيه، فأزال هذا الوهم ببيان أن عقد الكفالة يوجب التسليم مرة، ولا يفيد التكرار. (ف)

(١٩) بالإضافة. (م)

(١) أي لأن البراءة.

(٢) قوله: "لأنه موجب إلخ" معناه الكفالة بالنفس موجبها البراءة عند التسليم وقد وجد، والتنصيص على الموجب عند حصول الموجب ليس بشرط، وقال في "النهاية": لأنه موجب التصرف، أي لأن دفع المكفول له موجب تصرف الكفالة بالنفس، والموجبات تثبت في التصرف، أي بدون ذكرها صريحًا، وليس بشيء لأن الكلام في أن البراءة تحصل بدون التنصيص لا دفع المكفول به إلى المكفول له. (م)

(٣) أي الكفالة بالنفس.

(٤) البراءة.

(٥) التصريح.

(٦) قوله: "ولا يشترط إلخ" في "المبسوط": لأن الكفيل يبرئ نفسه بإيفاء عين ما التزمه، فلا يتوقف على قبول صاحب الحق كالمديون إذا جاء بالدين، ووضعه بين يدي الطالب، وهذا لأنه لو توقف على قبوله تضرر به من عليه. (ن)

(٧) أي تسليم الكفيل المكفول به.

(٨) هذه من مسائل "المبسوط". (عين)

(٩) إلى الطالب.

(١٠) وقال: وقعت نفسي إليك من كفالة فلان. (م)

(١١) وبرئ الكفيل.

(١٢) قوله: "فكان له إلخ" فتسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين من جهة نفسه، ومن جهة الكفيل، فما لم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل، فلا يبرأ. (م)

(١٣) أي دفع الخصومة. (ك)

(١٤) أي يبرأ.

(١٥) أي إلى الطالب.

(١٦) الوكيل والرسول.

(١٧) هذه مسألة القدوري. (عيني)

(١٨) الرجل.

ضامن[١] لما عليه وهو ألف، فلم يحضره إلى ذلك الوقت لزمه ضمان المال؛ لأن الكفالة بالمال معلقة[٢] بشرط عدم الموافاة، وهذا التعليق صحيح[٣]، فإذا وجد الشرط لزمه[٤] المال. ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس؛ لأن وجوب المال عليه[٥] بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه إذ كل واحد منهما[٦] للتوثق[٧].

وقال الشافعي رحمه الله: لا تصح هذه الكفالة[٨]؛ لأنه تعليق سبب[٩] وجوب المال بالخطر[١٠]، فأشبه البيع[١١].

ولنا: أنه يشبه البيع[١٢]، ويشبه النذر[١٣] من حيث إنه التزام[١٤]، فقلنا: لا يصح تعليقه بمطلق الشرط[١٥]، كهبوب الريح ونحوه[١٦]، ويصح[١٧] بشرط متعارف[١٨]

---

(١٩) أي لم يأت.

(٢٠) وافاه إياه مفاعلة من الوفاء. (ن)

(١) قوله: "فهو ضامن لما عليه وهو ألف" التقييد بقوله: لما عليه مفيد لأنه إن لم يقله لم يلزم الكفيل شيء عند عدم الموافاة على قول محمد، خلافًا لهما. وبقوله: وهو ألف غير مفيد لأنه إذا قال: فعلي مالك عليه، ولم يسم الكمية جاز، لأن جهالة المكفول به لا يمنع صحة الكفالة لابتنائها على التوسع. (ع)

(٢) في هذه الصورة. (ع)

(٣) قوله: "هذاالتعليق صحيح" لأنه تعليق بشرط متعارف لتعامل الناس إياه، وإن كان القياس يأباه، وبالتعامل يترك القياس في البيع كما لو اشترى نعلا على أن يحذوه البائع مع أن بابه أضيق من الكفالة، فلأن يترك ههنا وبابها أوسع أولى. (ك)

(٤) الكفيل.

(٥) أي على الكفيل.

(٦) قوله: "لا ينافي إلخ" تقريره أن الكفالة بالنفس لما تحققت حقًا للمكفول له لا يبطل إلا بما ينافيها من تسليم أو إبراء، أو موت، وليست الكفالة بالمال منافية لها لاجتماعهما، ولأن كل واحد منهما للتوثق، فلا تبطلها، وكيف تبطلها وقد يكون له عليه مطالبات أخرى، وإبطالها يفضي إلى الضرر بالمكفول له وهو مدفوع، وعورض بأن الكفالة بالمال تثبت بدلا عن الكفالة بالنفس، ووجوب البدل ينافي المبدل عنه كما في خصال الكفارة، وأجيب بأن بدليتها ممنوعة، فإن كل واحد منهما مشروع للتوثق كما مر. (عناية)

(٧) الكفالتين.

(٨) الاعتماد.

(٩) أي بالمال.

(١٠) أي الكفالة بالمال.أي بأمر متردد، قد يكون وقد لا يكون، وهو عدم الموافاة إلى وقت كذا.

(١١) قوله: "فأشبه البيع" أي في لزوم المال بالعوض برجوع الكفيل على الأصيل بالمال إذا كان بأمره، وتعليق سبب و جوب المال في البيع لا يجوز، فكذا ههنا، والجواب أنا لا نسلم أن فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لأن الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال سلمناه، ولكنه يشبه إلخ. (ع)

(١٢) قوله: "يشبه البيع" انتهاء، لأن الكفيل يرجع على الأصيل بما أدى عنه إذا كان بأمره، فكان مبادلة المال بالمال. (ك)

(١٣) أي ابتداء. (ك)

(١٤) لشيء غير لازم.

عملا بالشبهين، والتعليق بعدم الموافاة متعارف.

ومن[1] كفل بنفس رجل، وقال: إن لم يوافِ به غداً[2] فعليه المال، فإن مات[3] المكفول عنه ضمن المال[4] لتحقق الشرط، وهوعدم الموافاة.

قال: ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها[5] أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يوافِ به غداً فعليه المائة، فلم يواف به غداً فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: إن لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى[6] بعد ذلك[7] لم يلتفت إلى دعواه[8]؛ لأنه علق[9] مالا مطلقاً[10] بخطر[11]، ألا يرى[12] أنه[13] لم

---

(١٥) عملا بشبه البيع.

(١٦) كإمطار السماء.

(١٧) عملا بشبه النذر، فإن النذر يصح تعليقه مطلقاً.

(١٨) قوله: "بشرط متعارف" والتعليق بعدم الموافاة متعارف، فإن الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال لعدم الموافاة بالنفس، ورغبتهم في ذلك أكثر من رغبتهم في مجرد الكفالة بالنفس. (عناية)

(١) هذه مسألة "الجامع الصغير".

(٢) قوله: "غداً" لم يذكر في أكثر نسخ "الجامع الصغير" لفظ "الغد" ولهذا لم يذكره فخر الإسلام، والصدر الشهيد، وقاضي خان، فيثبت الفرق بين مسألة الجامع والقدوري، بأن هذه مطلقة، وتلك مقيدة بالوقت، فلذا ذكرها المصنف. والوجه أن هذه تفيد فائدة أخرى وهي أن عدم الموافاة إذا كان يتوهم أن العجز الموجب لعدم الموافاة يكون عن تقصير عن الكفيل بخلاف موت المكفول عنه فإنه أمر سماوي. (ف)

(٣) بعد الغد. (ف)

(٤) قوله: "ضمن المال [للمكفول له. ف]" فيه شبهة قوية، وهو أن الكفالة بالنفس إذا سقطت وجب أن يسقط ما يترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالتأكيد لها، وليست بمقصودة، ولهذا لو ابرأ الكفيل الطالب عن الكفالة بالنفس قبل انقضاء المدة بطلت الكفالة بالمال، فكذا ههنا انفسخت الكفالة بالنفس بموت المكفول به، فتبطل الكفالة بالمال أيضاً. والجواب أن الإبراء وضع لفسخ الكفالة، والموت لم يوضع له فالإبراء ينفسخ الكفالة من كل وجه، وبالموت ينفسخ فيما يرجع إلى المطالبة بالنفس، ولا ضرورة إلى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لأن عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق، والشرط عدم الموافاة مطلقاً. (مل)

(٥) أي بين صفتها بأنها جيدة أو رديئة. (ك)

(٦) قوله: "ثم ادعى [بأنه موصوف بصفة كذا] إلخ" أي ثم ادعى مدعى المائة التي كان لم يبين صفتهما تلك المائة على الكفيل مع بيان الصفة لا يسمع دعواه، أي لا يؤخذ الكفيل بكفالته حتى لا يقدر المدعى على مطالبة الكفيل بالكفالة، وإن بين ما ادعاه بعد ما ادعى على المدعى عليه شيئاً مجهولا. (نهاية)

(٧) الكفالة.

(٨) الكفيل.

(٩) قوله: "لأنه علق إلخ" فيحتمل أنه التزم [لترك الدعوى في الحال] مالا ابتداء، فيكون رشوة، ويحتمل أنه أراد ما على الأصيل، فلا يكون رشوة، والمال لم يكن لازماً، فلا يلزم بالشك. (ك)

(١٠) قوله: "مالا مطلقاً [أي عن النسبة. ع]" المراد من الإطلاق عدم نسبة كفالته إلى المال المدعى به حيث لم يقل الكفيل على المائة الذي على المدعى عليه. (مل)

ينسبه إلى ما عليه[١]، ولا تصح الكفالة على هذا الوجه[٢] وإن بينها[٣]، ولأنه[٤] لم يصح الدعوى من غير بيان[٥]، فلا يجب[٦] إحضار النفس، وإذا لم يجب[٧] لا تصح الكفالة بالنفس، فلا تصح[٨] بالمال، لأنه[٩] بناء عليه[١٠]، بخلاف ما إذا بين[١١]. ولهما أن المال ذكر معرفًا[١٢]، فينصرف إلى ما عليه، والعادة[١٣] جرت بإجمال في الدعاوى[١٤]، فتصح الدعاوى على اعتبار البيان، فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى، فتبين صحة الكفالة[١٥] الأولى، فيترتب عليها الثانية[١٦].

---

(١١) أي أمر متردد. (ع)

(١٢) توضيح.

(١٣) أي أن الكفيل.

(١) أي على المكفول عنه.

(٢) قوله: "ولا تصح إلخ" يعني أن هذا الوجه كما ترى يقتضي أن لا تصح هذه الكفالة بالمال أصلا وإن بينها الطالب أو لا، وبه صرح الشارح، وهذا الوجه منسوب إلى الشيخ أبي منصور الماتريدي. (مل)

(٣) أولا.

(٤) هذا الوجه منسوب إلى الشيخ أبي الحسن الكرخي.

(٥) قوله: "ولأنه لم يصح إلخ" يعني إذا لم يدع مالا مقدرا لم يستوجب إحضاره إلى مجلس القاضي لفساد الدعوى، فلم يصح الكفالة بالنفس، فلم يصح الكفالة بالمال، لأنه بناء عليه، فعلى هذا الوجه إذا كان المدعى به معلومًا وقت الدعوى يصح الكفالة وينصرف الكفالة إلى المال المدعى به. (ك)

(٦) على المدعى عليه.

(٧) إحضار النفس.

(٨) الكفالة.

(٩) الكفالة بالمال.

(١٠) أي على الكفالة بالنفس.

(١١) حيث تصح الكفالة بالنفس وبالمال.

(١٢) قوله: "أن المال ذكر إلخ" هذه النكتة في مقابلة النكتة الأولى لمحمد، وحاصلها أن المال في قول الكفيل ذكر معرفًا، لأنه قال: فعليه المائة، فينصرف المائة إلى ما على المكفول عنه بجعل اللام للعهد، فكانت النسبة موجودة، فيخرج المال عن كونه رشوة، فيلزم، ويصح الكفالة، كذا في "العناية" وغيرها. ولا يذهب عليك أن في عبارة "الجامع الصغير" ذكر المال منكرًا حيث قال فيه: فإن لم أوافك به غدًا فعلي مائة دينار، وهكذا ذكر غير واحد، وكذا في "المبسوط"، فلا يستقيم هذه النكتة، كذا في "فتح القدير". (مولانا عبد الحليم نور الله مرقده)

(١٣) هذه النكتة في مقابلة النكتة الثانية لمحمد.

(١٤) قوله: "والعادة جرت إلخ" تقريره أن المال إذا لم يكن معلومًا لا بأس به، لأن العادة جرت بإجمال في الدعاوى في غير مجلس القضاء دفعًا لحيل الخصوم، والبيان عند الحاجة في مجلس القضاء، فيصح الدعوى على اعتبار البيان، فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى، فكأنه أراد بالمائة المطلقة في الابتداء المائة التي يدعيها، ويبينها في الآخرة، وعلى هذا صحة الكفالة بالمال، والنفس جميعًا، ويكون القول قوله في هذا البيان، لأنه يدعي صحة الكفالة. (ع)

(١٥) أي بالنفس.

قال[١]: ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله، معناه[٢] لا يجبر عليها عنده[٣]. وقالا: يجبر في حد القذف[٤]، لأن فيه[٥] حق العبد، وفي القصاص[٦] لأنه خالص حق العبد[٧]، بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى[٨]. ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام*: «لا كفالة في حد[٩] من غير فصل[١٠]»، ولأن مبنى الكل[١١] على الدرء[١٢]، فلا يجب

---

(١٦) أي بالمال.

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "معناه إلخ" وعلى هذا يكون معنى قوله: ولا يجوز الكفالة لا يجوز إجبار الكفالة بحذف المضاف، وإسناد الجواز إلى الكفالة مجازاً. (عناية)

(٣) قوله: "لا يجبر عليها [الكفالة] إلخ" يعني من توجه عليه الحد أو القصاص إذا طلب المدعي منه كفيلا بنفسه بأن يحضره في مجلس القضاء لإثبات ما يدعيه على المدعى عليه، فامتنع عن إعطاءه لا يجبر عليه. (عيني)

(٤) قوله: "وقالا: يجبر [أي المدعى عليه على الكفالة] إلخ" وفي "الفوائد الظهيرية": وليس تفسير الجبر ههنا الحبس لكن يأمره بالملازمة، وليس تفسير الملازمة المنع من الذهاب، لأنه حبس لكن يذهب الطالب مع المطلوب، فيدور معه أينما دار كيلا يتغيب، وإذا انتهى إلى باب داره، وأراد الدخول يستأذنه الطالب في الدخول، فإن أذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن، وإن لم يأذن له في الدخول يجلسه في باب داره، ويمنعه من الدخول، وسيجيء تفسير الملازمة في كتاب الحجر، إن شاء الله تعالى. (ك)

(٥) قوله: "لأن فيه حق العبد" ولذا شرط فيه الدعوى، والمدعي يحتاج إلى أن يجمع بين الشهود والمطلوب، وهو ربما يخفى لفسه، فيحتاج إلى أن يأخذ منه كفيلا. وألحق الإمام المحبوبي حد السرقة بحد القذف في الجبر بالكفالة على قولهما، وفي الجواز من غير جبر على قول أبي حنيفة رحمه الله، لأنه من الحقوق التي يتعلق بها حق العباد. (ن)

(٦) أي المغلب فيه حق العبد. (ن)

(٧) قوله: "لأنه خالص حق العبد" ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك، وفيه حق الله لإخلاء الأرض عن الفساد. (ف)

(٨) قوله: "بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى" كحد الزنا، والشرب لا يجوز الكفالة بها وإن طابت نفس المدعى عليه بإعطاء الكفيل بعد الشهادة أو قبلها، لأن قبلها لا يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى، لأنه لا يسمع دعوى أحد في الزنا والشرب، فلم تقع الكفالة بالنفس بحق واجب على الأصيل، وبعد إقامة البينة قبل التعديل يحبس، وبه يحصل الاشتياق، فلا معنى للكفالة بخلاف ما فيه حق العبد، فإن حضوره في مجلس الحكم مستحق عليه بمجرد دعوى القذف والقتل حتى يجبره القاضي على الحضور، ويحول بينه وبين أشغاله، فتصح الكفالة بإحضاره. (ف)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٩، والدراية ج٢، الحديث ٨١١ص١٦٤. (نعيم)

(٩) قوله: "لا كفالة في حد" قال في "العناية": قيل: هذا من كلام شريح لا من كلام النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم، ذكره الخصاف في أدب القاضي عن شريح، وقال الصدر الشهيد في أدب القاضي: روى هذا الحديث مرفوعاً إلى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، انتهى، وقال الزيلعي: إن هذا الحديث أخرجه البيهقي في "سننه" مرفوعاً لكن في رواية عمر بن أبي عمرو الكلاعي، وهو مجهول، ورواياته منكرة، ورواه ابن عدي في "الكامل" عنه وقال: إنه مجهول لا أعلم، وأحاديثه غير محفوظة، وهكذا قال الإمام ابن الهمام في "فتح القدير". (مولانا محمد عبد الحليم)

(١٠) قوله: "فصل" أي بين ما هو حق العبد وبين ما هو خالص حق الله تعالى. (ع)

(١١) أي كل الحد.

فيها الاستيثاق[١]، بخلاف[٢] سائر الحقوق، لأنها لا تندرئ بالشبهات، فيليق بها الاستيثاق، كما في التعزير[٣].

ولو سمحت[٤] نفسه[٥] به[٦] يصح[٧] بالإجماع؛ لأنه أمكن ترتيب موجبه[٨] عليه، لأن تسليم النفس فيها[٩] واجب، فيطالب به الكفيل، فيتحقق الضم[١٠].

قال[١١]: ولا يحبس فيها[١٢] حتى يشهد شاهدان مستوران[١٣]، أو شاهد عدل[١٤] يعرفه القاضي[١٥]، لأن الحبس للتهمة[١٦] ههنا[١٧]، والتهمة تثبت[١٨] بأحد

---

(١٢) أي الدفع.

(١) قوله: "فلا يجب فيها [الحدود] الاستيثاق" أي بالكفيل، فإذا لم يكفل عنده ما ذا يصنع به، قال يلازمه إلى وقت قيام القاضي، فإن أحضر البينة فبها، وإلا خلى سبيله، هذا إذا لم يقم البينة، وأما إذا أقام شاهدين مستورين، أو شاهد عدل لا يكفل عنده أيضاً، ولكن يحبسه للتهمة، والحبس بها مشروع لما روى أن النبي عليه السلام حبس رجلا للتهمة. (ن)

(٢) حيث يجب فيها الاستيثاق بالتكفيل.

(٣) قوله: "كما في التعزير" أي يجبر المطلوب على إعطاء الكفيل في الشيء الذي يجب فيه التعزير، فإن التعزير محض حق العبد، ويسقط بإسقاطه، ويثبت بالشهادة على الشهادة، ويحلف فيه، فيجبر على إعطاء الكفيل فيه كالأموال. (ك)

(٤) سماحة -بالفتح- جوانمردى. (م)

(٥) المدعى عليه.

(٦) أي بإعطاء الكفيل. (نهاية)

(٧) قوله: "يصح" أي في الحدود والقصاص التي وقع الاختلاف في الجبر عليه. (ن)

(٨) أي موجب عقد الكفالة وهو الزام المطالبة.

(٩) الحدود.

(١٠) وهو معنى الكفالة.

(١١) أي محمد في "الجامع الصغير"، وليس في أكثر النسخ قال. (عيني)

(١٢) قوله: "ولا يحبس فيها" أي في الحدود والقصاص، وفي بعض النسخ فيهما، أي في حد القذف والقصاص.(ن)

(١٣) أي لا يعرف فسقهما ولا عدالتهما.

(١٤) قوله: "أو شاهد عدل" فإن قيل: قد قلتم بحبسه بإقامة شاهد عدل، ومعنى الاحتياط في الحبس أكثر من أخذ الكفيل، قلنا: الحبس ليس للاحتياط، ولكن لتهمة الدعارة والفساد، وفيحبس تعزيراً. (ك)

(١٥) قوله: "يعرفه القاضي" أي يعرف كونه عدلا، فإن كان مجهولا لا يحبسه، لأنه انعدم العدد والعدالة. (نهاية)

(١٦) قوله: "للتهمة [أي تهمة الفساد]" في "الصحاح" و "المغرب": التهمة بالتحريك وأصل التاء فيه واو من وهمت الشيء أهمه، وهما من باب ضرب أي وقع في خلدي والوهم ما يقع في القلب من الخاطر، واتهمت فلاناً بكذا، والاسم التهمة بالتحريك أصله اوتهمت، كما في اتكلت أصله اوتكلت بمعنى اعتمدت قلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها، ثم أبدلت منها، وأدغمت في تاء الافتعال. (ف)

(١٧) أي في الحدود والقصاص.

(١٨) قوله: "والتهمة تثبت بأحد إلخ" لأن الحبس للتهمة من باب دفع الفساد، وهو من الديانات والديانات تثبت بأحد شطريها. ولقائل أن يقول: الحبس للتهمة قبل ثبوت المدعى بالحجة ينافي الدرء بالشبهات، والدرء ثابت لقوله ﷺ

شطرى الشهادة، إما العدد، أو العدالة، بخلاف الحبس[١] فى باب الأموال[٢]؛ لأنه أقصى عقوبة فيه، فلا يثبت إلا بحجة كاملة[٣]، وذكر[٤] فى أدب القاضى أن على قولهما لا يحبس فى الحدود[٥]، والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة[٦]. قال[٧]: والرهن والكفالة جائزان فى الخراج[٨]؛ لأنه دين[٩] مطالب به[١٠] ممكن الاستيفاء[١١]، فيمكن ترتيب موجب العقد[١٢] عليه فيهما[١٣].

ادرء الحدود بالشبهات». ويمكن أن يجاب بأن يحمل قولهم للتهمة على أن المراد به اتهام الحاكم أيضًا بالتهاون فيه، وبيانه أن الدرء مأمور به والتهاون حرام لإفضائه إلى فساد العالم الذى شرع الحدود لدفعه، فإن وجد أحد شطرى الشهادة، ولم يحبسه الحاكم اتهم بأنه متهاون فى ذلك وهو قادح فى عدالته والاتقاء من أمثاله مأمور به، فيحبس بأحد شطرى الشهادة إذا اتهم المدعى عليه بالفساد دفعاً للتهمة عن الحاكم، والحبس من النبى ﷺ فى ذلك وقع تعليما للجواز حيث لم يكن صلى الله عليه وعلى آله وسلم ممن يتهم بذلك، ثم إذا سمع الحجة الكاملة يحيل للدرء، والله أعلم. (ع)

(١) قوله: "بخلاف الحبس" فإنه لو ثبت المال بالبينة العادلة، وامتنع من الإيفاء يحبس، فكان الحبس أقصى عقوبة فيه. (ف)

(٢) حيث لا يحبس فيه بشهادة مستورين، أو شاهد عدل.

(٣) قوله: "إلا بحجة كاملة" فلا يجوز أن يعاقب بالحبس قبل ثبوته، أما فى الحدود والقصاص أقصى عقوبة القتل أو الضرب، والحبس نوع عقوبة، فجاز أن يعاقب به قبل ثبوت الحد والقصاص. (عينى)

(٤) أى فى "المبسوط" فى باب أدب القاضى.

(٥) أى التى فيها حق العبد كحد القذف.

(٦) قوله: "لحصول إلخ" أى لأن أخذ الكفيل لما جاز عنهما جاز أن يستوثق به، فيستغنى عن الحبس بها. (ع)

(٧) أى محمد. (عينى)

(٨) قوله: "فى الخراج" وإنما أورد الخراج لأنه فى حكم الصلاة دون الديون المطلقة، ووجوبه بحق الشرع كالزكاة، فكان ينبغى أن لا يصح الكفالة والرهن به. (نهاية)

(٩) قوله: "لأنه دين" ألا ترى أنه يحبس به، ويمنع لأجله من وجوب الزكاة، فيجوزان كسائر الديون، كذا فى "الفوائد الظهيرية". فإن قيل: دين الزكاة له مطالب من جهة العباد، أما فى الأموال الظاهرة فالإمام، وأما فى الأموال الباطنة فملاكها، فإنهم نواب عن الإمام، ومع ذلك لا يجوز الكفالة بدين الزكاة.

قلت: قال الإمام التمرتاشى: الزكاة ليست بدين بل هى عبارة عن تمليك المال مبتدأ، ولذا لا يؤخذ من تركته بعد موته، فعلى هذا كان قوله فى الكتاب: لأنه يطالب به، أى يطالب به فى الحياة والممات، احتراز عن دين الزكاة، وقوله: ممكن الاستيفاء احتراز عن الحدود والقصاص. (نهاية)

(١٠) قوله: "مطالب به إلخ" ثم قوله: دين مطالب به راجع إلى الكفالة، وقوله: ممكن الاستيفاء راجع إلى الرهن، أى يطالب به، فيصح الكفالة لأن الكفالة تقتضى ديناً يطالب به، ويمكن الاستيفاء، فيصح الرهن، لأن الرهن توثيق لجانب الاستيفاء. (ك)

(١١) فى هذا الكلام لف ونشر مشوش.

(١٢) قوله: "موجب العقد إلخ" موجب الكفالة كونها مشروعةً لتحمل المطالبة، وموجب الرهن كونه مشروعا بمضمون يمكن استيفاؤه من الرهن. (عينى)

(١٣) أى كل من عقدى الرهن والكفالة.

قال[١]: ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب[٢] فأخذ منه كفيلا فهما[٣] كفيلان؛ لأن موجبه[٤] التزام المطالبة[٥]، وهى[٦] متعددة[٧]، والمقصود[٨] التوثق، وبالثانية يزداد التوثق، فلا يتنافيان.

وأما الكفالة بالمال[٩] فجائزة معلومًا[١٠] كان المكفول به[١١]، أو مجهولا، إذا كان[١٢] دينًا صحيحًا مثل أن يقول تكفلت عنه بألف، أو بمالك[١٣] عليه، أو بما[١٤] يدركك[١٥] فى هذا البيع؛ لأن مبنى الكفالة على التوسع[١٦]، فيتحمل فيه[١٧] الجهالة[١٨]، وعلى[١٩] الكفالة بالدرك[٢٠] إجماع، وكفى به حجة، وصار[٢١] كما إذا

---

(١) أى محمد. (عينى)

(٢) رب الدين. (نهاية)

(٣) قوله: "فهما" ثم لو سلم أحد الكفيلين بنفس الأصيل برئ هو دون الآخر. (ك)

(٤) أى موجب عقد الكفالة. (نهاية)

(٥) قوله: "التزام المطالبة [ولهذا قلنا: إن إبراء الكفيل لا يرتد بالرد. ك]" أى أن يلتزم الكفيل ضم ذمته إلى ذمة الأصيل فى المطالبة، بأن يكون مطلوبًا بإحضار المكفول عنه كما أنه مطلوب بالحضور بنفسه. (عناية)

(٦) المطالبة.

(٧) أى تحتمل التعدد.

(٨) من عقد الكفالة.

(٩) قوله: "وأما الكفالة بالمال [هذا لفظ القدورى. عينى] إلخ" هو عديل قوله أول الباب: الكفالة ضربان: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال من حيث المعنى، فإن المعادلة الصريحة أن يقول: أما الكفالة بالنفس، وهو إنما قال: فالكفالة بالنفس إلخ. (فتح القدير)

(١٠) أى فى المقدار.

(١١) أى المال.

(١٢) قوله: "إذا كان دينًا صحيحًا" أى الدين الذى لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، بخلاف دين الكتابة فإنه دين ضعيف، لأنه يثبت مع المنافى وهو الرق، ولهذا يستبد المكاتب بإسقاط بدل الكتابة بتعجيز نفسه. (ك)

(١٣) دليل على جوازها بالمجهول.

(١٤) من العوارض.

(١٥) قوله: "يدركك [من الضمان. ن]" أى يلحقك، كذا فى "مجمع الأنهر"، وفى "المنتخب": درك آنچه دربى چيز پديد آيد از عوارض.

(١٦) فإنها تبرع ابتداء. (ع)

(١٧) أى فى الكفالة.

(١٨) اليسيرة وغيرها بعد أن كانت متعارفة، أى جهالة المكفول به. (ن)

(١٩) قوله: "وعلى الكفالة إلخ" ضمان الدرك أن يقول للمشترى: أنا ضامن للثمن إن استحق المبيع أحد، والدرك التبعة، وفيه فتح الراء وسكونها. (ف)

(٢٠) وأصل الدرك فى اللحوق، وقدر ما يلحقه من الدرك مجهول. (ك)

كفل[1] بشجة[2] صحت الكفالة وإن[3] احتملت[4] السراية والاقتصار، وشرط[5] أن يكون دينًا[6] صحيحًا[7]، ومراده أن لا يكون[8] بدل الكتابة[9]، سيأتيك[10] فى موضعه إن شاء الله.

قال[11]: والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذى عليه الأصل[12]، وإن شاء طالب كفيله؛ لأن الكفالة ضم الذمة إلى الذمة فى المطالبة، وذلك[13] يقتضى قيام الأول[14] لا البراءة عنه، إلا إذا شرط فيه البراءة[15]، فحينئذٍ تنعقد[16] حوالة[17] اعتبارًا للمعانى كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل يكون كفالة.

---

(٢١) قوله: "وصار كما إذا كفل إلخ" بأن قال: كفلت بما أصابك فى هذه الشجة التى شجك فلان، وهى خطأ يصح بلغت النفس أو لم تبلغ، ومقدار ما التزمه بهذه الكفالة مجهول، لأنه لا يدرى قدر ما يبقى من أثر الشجة، وهل يسرى إلى النفس، أو لا يسرى. (ك)

(١) أى الكفالة بمال مجهول.

(٢) قوله: "بشجة [أية شجة كانت]" أى خطأ فإن العمد على تقدير السراية يوجب القصاص إذا كانت بآلة جارحة، ولا كفالة بالقصاص، وإذا كانت خطأ نفى الكفالة بها جهالة المكفول به، فإنها إن سرت إلى النفس وجبت دية النفس، وإلا فأرش الشجة، ومع ذلك صح. (ف)

قوله: "شجة" جراخت وشكستگى. (م)

(٣) الواو وصلية.

(٤) الشجة.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) المكفول به.

(٧) قوله: "دينًا صحيحًا" الدين الصحيح هو الذى له مطالب من جهة العباد حقًا لنفسه، والمطلوب لا يقدر على إسقاطه من ذمته إلا بالإيفاء، وبدل الكتابة ليس كذلك لاقتدار المكاتب على أن يسقط البدل بتعجيز نفسه، وقيل: لأن المولى لا يجب له على عبده شىء، فيطالبه به، فوجوبه بخلاف القياس. (ع)

(٨) قوله: "أن لا يكون إلخ" ويحتمل أن يحترز به عن دين الزكاة، فإنه دين أيضًا، حتى ظهر أثره فى منع وجوب الزكاة، وفى حق مطالبة الإمام فى الأموال الظاهرة، ولكن ليس بصحيح من كل وجه حتى لاتؤخذ من تركته بعد موته.(ن)

(٩) فإنه ليس بدين صحيح.

(١٠) فى كتاب المكاتب.

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) قوله: "عليه الأصل [أى أصل الدين]" إنما سمى الدين أصلا لأن المطالبة مبنية عليه، فإن مطالبة الدين بغير دين غير متصور، فكانت المطالبة فرعًا. (عناية)

(١٣) الضم.

(١٤) الأصيل.

(١٥) أى براءة الأصيل.

(١٦) الكفالة.

(١٧) يعنى أنها حوالة عقدت بلفظ الكفالة، فيجرى أحكام الحوالة. (ف)

ولو طالب[١] أحدهما له أن يطالب الآخر، وله أن يطالبهما[٢]؛ لأن مقتضاه[٣] الضم، بخلاف المالك[٤] إذا اختار[٥] تضمين أحد الغاصبين[٦]، لأن اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه[٧]، فلا يمكنه التمليك من الثانى[٨]، أما المطالبة بالكفالة لا يتضمن[٩] التمليك، فوضح الفرق.

قال[١٠]: ويجوز تعليق الكفالة بالشروط، مثل أن يقول: ما بايعت فلانًا[١١] فعلى[١٢]، وما ذاب[١٣] لك عليه[١٤] فعلىّ، أو ما غصبك[١٥] فعلىّ، والأصل[١٦] فيه[١٧] قوله تعالى[١٨]: ﴿ولمن جاء به[١٩] حمل[٢٠] بعير وأنا به زعيم﴾، والإجماع

---

(١) المكفول له.

(٢) معًا.

(٣) الكفالة.

(٤) قوله: "بخلاف المالك [للمال المغصوب]" إذا اختار تضمين أحد الغاصبين، أى بالقضاء أو الرضا، لأنه إذا ضمن أحدهما بالرضا أو بالقضاء فقد ملك المغصوب منه فلا يملك رجوعه، وتمليكه من الآخر، والمطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء، حتى إذا استوفاه من أحدهما صار المضمون وهو الدين ملكًا له، فلا يكون له مطالبة الآخر، وفى الغصب إذا اختار تضمين أحدهما بلا رضا وقضاء له تضمين الآخر أيضًا. (كفاية)

(٥) فليس له أن يضمن الآخر.

(٦) الغاصب وغاصب الغاصب.

(٧) أى من ذلك الأحد.

(٨) لأنه من المحال أن يملك العين الواحدة جميعًا من اثنين فى زمان واحد.

(٩) فلا يمنع مطالبة أحدهما مطالبة الآخر.

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) قوله: "بايعت فلانًا إلخ" قيد بقوله: فلانًا ليصير المكفول عنه معلومًا فإن جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة كجهالة المكفول له فى الإضافة، فلو قال: ما بايعت من الناس فعلى ضمانه فهو باطل لتفاحش جهالة المكفول عنه وبه، بخلاف انفراد جهالة المكفول به، فإنها حينئذ قليلة تتحمل. والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقًا، وجهالة المكفول به لا تمنع مطلقًا، وجهالة المكفول عنه فى التعليق، والإضافة تمنع صحة الكفالة، وفى التنجيز لا تمنع. (ف)

(١٢) المعنى إن بايعت فلانًا فعلى درك هذا البيع.

(١٣) قوله: "وما ذاب [المعنى إن ذاب إلخ]" فى "المغرب": ذاب عليه حق أى وجب مستعار من ذوب الشحم.(ن)

(١٤) فلانًا.

(١٥) أى ما غضب منك.

(١٦) الدليل.

(١٧) يدل على أن جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة.

(١٨) قوله: "قوله تعالى إلخ" قصته: أنه لما أعطى الله يوسف ملك مصر، وقحط الناس، وعم القحط البلاد، أتاه إخوانهم طلبًا للرزق، فعرفهم، وهم لم يعرفوه، فسألهم: كم أنتم؟ قالوا: كنا اثنى عشر إخوة، فذهب أخ معنا إلى البرية – يريدون به يوسف– فهلك فيها، وكان أحبنا إلى أبينا يعقوب، قال: فكم أنتم ههنا؟ قالوا: عشرة، قال: فأين الحادى عشر؟

منعقد على صحة ضمان الدرك.

ثم الأصل[1] أنه يصح تعليقها[2] بشرط ملائم لها مثل أن يكون شرطًا لوجوب الحق[3]، كقوله[4]: إذا استحق المبيع[5]، أو لإمكان الاستيفاء[6] مثل قوله: إذا قدم زيد[7] وهو[8] مكفول عنه[9]، أو لتعذر الاستيفاء[10] مثل قوله: إذا غاب[11] عن

قالوا: عند أبينا، لأنه أخ الذى هلك من أمه، فأبونا يتسلى به، فقال: فمن يعلم أن الذى تقولون به حق أو باطل، فأتونى بأخ لكم إن كنتم صادقين، وإنى أوف لكم الكيل وأنا خير المنزلين، فقالوا: إن أبانا لا يتحمل فراقه، لكنا سنراود عنه أباه.

فترخصوا من يوسف، ووصلوا أوطانهم، وقصوا على يعقوب القصة، فقال: لن أرسله معكم حتى تؤتونى ميثاقًا وعهدًا على أنكم توصلونه إلى فإنى لا اعتمد عليكم لأنكم قد فعلتم ما فعلتم بأخيه يوسف، فأعطوه عهدًا موثقًا، وسافروا مع أخى يوسف إلى أن وصلوا إلى ملكه، وقالوا: هذا أخونا الذى أمرتنا أن نأتيك به، فقال: أحسنتم، ثم أنزلهم وأكرمهم، ثم أضافهم، وأجلس كل اثنين منهم على مائدة، فبقى الحادى عشر وهو بنيامين وحيدًا، فبكى، وقال: لو كان أخى يوسف حيًا لأجلسنى معه، فقال يوسف له: لقد بقى أخوكم هذا وحيدًا، فأجلسه معه على مائدته، وجعل يؤاكله.

فلما كان الليل أمر بمثل ذلك، وقال له: إنى أخوك فلا تحزن بما كانوا يعملون، فإن الله تعالى قد أحسن إلينا، ولا تخبرهم شيئًا مما أعلمتك، فقال له بنيامين: أنا لا أفارقك، فقال له يوسف: قد علمت اغتمام والدى بى، فإن حبستك ازداد غمه، ولا يمكننى هذا إلا بعد أن اشهرك بأمر قبيح، قال: لا أبالى، افعل ما بدا لك، قال: فإنى أضع صاعى فى رحلك، ثم أنادى عليك بالسرقة ليتيسر لى ردك عندى. فلما جهزهم بجهازهم جعل السقاية وهى المشربة التى كان يوسف يشربه منها فى رحل أخيه بنيامين، ثم أمر مناديا: أيتها القافلة التى فيها الأحمال أنكم لسارقون، قفوا، فعطفوا على المنادى، وقالوا له: ما ذا تفقدون؟ قالوا: سقاية الملك، ولمن جاء بصواع الملك حمل بعير من الطعام يعطيه الملك، وأنا بإعطاءه زعيم، أى كفيل، فقالوا: والله ما جئنا سارقين، وإنما جئنا جائين مسترزقين. فقال المنادى وأصحابه: ما جزاء السارق منكم إن وجد فيكم؟ قالوا: جزاءه أن يسلم السارق إلى المسروق منه، فيسترقه سنة، وكان ذلك سنة آل يعقوب فى السارق، فبدأ بأوعيتهم قبل وعاء أخيه نفيًا للتهمة، ثم استخرجها من وعاء أخيه، فأخذه من عندهم، وودع باقى إخوانهم، فبقى بنيامين عند أخيه يوسف مستبشرًا، وترخص الإخوة إلى أبيهم. (مولانا محمد عبد الحليم رحمه الله)

قوله: "قوله تعالى: ولمن جاء إلخ" فالآية تدل على أن جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة، إذ حمل البعير مجهول، وعلى أن تعليق الكفالة بالشرط جائز حيث علق الكفالة بشرط المجيء بالصواع، وشريعة من قبلنا تلزمنا إذا قص الله ورسوله بلا إنكار. (ك)

(١٩) قوله: "ولمن جاء به [الصاع] إلخ" الزعيم حقيقة الكفيل، والمؤذن إنما نادى العيرعن غيره وهو الملك، فإن المعنى الملك يقول لكم: لمن جاء به حمل بعير، يعنى إنما نادى بأمره، ثم كفل عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه، إلا أن فيه جهالة المكفول له، فقد اشتملت على أمرين، جواز الكفالة مع جهالة المكفول له، وجوازها مضافة إلى سبب وجوب المال، وقد علم انتساخ الأول بدلالة الإجماع على منعها مع جهالة المكفول له، وهو لا يستلزم نسخ الآخر. (ف)

(٢٠) بار.

(١) الأمر الكلى.

(٢) الكفالة.

(٣) أى حق المدعى المكفول له على المدعى عليه المكفول عنه.

(٤) قوله: "كقوله: إذا استحق إلخ" فإن استحقاق المبيع سبب لوجوب الثمن على البائع للمشترى، ومن هذا القبيل ما فى الآية، فإن الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو المجيء بالصواع، فإنه سبب وجوب الجعل. (ف)

(٥) فأنا ضامن.

(٦) أى استيفاء الحق.

البلدة[١]، وما ذكر[٢] من الشروط في معنى ما ذكرناه[٣]، فإما لا يصح التعليق[٤] بمجرد الشرط[٥] كقوله: إن هبت الريح[٦]، أو جاء المطر، وكذا[٧] إذا جعل[٨] واحدا منهما[٩] أجلا إلا أنه يصح[١٠] الكفالة[١١]، ويجب المال حالا، لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط[١٢] لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق[١٣].

---

(٧) فأنا زعيم.

(٨) قوله: "وهو [الواو حالية] إلخ" إنما قيد بقوله: وهو مكفول عنه، لأنه إذا علق الكفالة بقدوم أجنبي ليس بمكفول عنه لا يصح، لأن قدوم الأجنبي ليس بميسر تسليم ما التزمه، فيكون تعليقا للكفالة بالشرط المحض، وذلك باطل، كما لو علقه بدخول الدار، ومعنى قوله: باطل، أن الشرط باطل، فأما الكفالة فصحيحة إذ الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح وغيره. (ك)

(٩) فقدومه سبب موصل للاستيفاء منه. (ف)

(١٠) أي استيفاء الحق.

(١١) أي المكفول عنه.

(١) أو هرب، أو مات ولم يدع شيئًا. (ف)

(٢) قوله: "وما ذكر" أي ما بايعت، وما ذاب، وما غصبك.

(٣) من التعليقات بالشرط الملائم.

(٤) قوله: "فإما لا يصح إلخ" فيه أن قوله: لا يصح التعليق يقتضي نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة مع أن المقصود أن الكفالة المعلقة لا يجوز، والجواب أن حاصل كلامه نفي جواز الكفالة المعلقة بهما، والمجموع ينتفي بانتفاء جزءه. لا يقال: نفي الكفالة المؤجلة كنفي المعلقة، ولا ينتفي الكفالة بانتفاء الأجل، لأن الإيجاب المعلق نوع إذ التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في موضعه، والأجل عارض بعد العقد، فلا يلزم من انتفاء العارض انتفاء معروضة. (م)

(٥) أي بشرط مجرد عن الملائمة. (م)

(٦) فأنا ضامن.

(٧) أي كذا لا يصح الأجل إذا جعل إلخ. (م)

(٨) قوله: "إذا جعل إلخ" بأن قال: تكفلت إلى أن يمطر السماء، أو تهب الريح. (كفاية)

(٩) هبوب ريح ومجيء مطر.

(١٠) قوله: "إلا أنه يصح إلخ" أي الكفالة تثبت حالة، ويبطل الأجل بخلاف ما لو علقها بهما، نحو إذا هبت الريح فقد كفلت بمالك عليه، فإن الكفالة باطلة أصلا. فالحاصل أن الشرط الغير الملايم لا تصح معه الكفالة أصلا، ومع الأجل الغير الملايم تصح حالة، ويبطل الأجل لكن تعليل المصنف هذا بقوله: لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق، يقتضي أن في التعليق بغير الملايم يصح الكفالة حالة. وإنما يبطل بالشروط، والمصرح به في "المبسوط"، وفي فتاوى قاضي خان: أن الكفالة باطلة، فتصحيحه أن يحمل لفظ تعليقها على معنى تأجيلها بجامع أن في كل منها عدم ثبوت الحكم في الحال. وقلد المصنف في هذا الاستعمال لفظ "المبسوط"، فإنه ذكر التعليق، وأراد التأجيل هذا، وظاهر شرح الإتقان المشي على ظاهر اللفظ فإنه قال فيه: الشرط إذا كان ملايما جاز تعليق الكفالة، ومثل بقوله: إذا استحق المبيع فأنا ضامن إلى أن قال: وإن كان بخلاف ذلك كهبوب الريح، ومجيء المطر لا يصح التعليق، ويبطل الشرط لكن تنعقد الكفالة، ويجب المال، لأن كل ما جاء تعليقه بالشرط لايفسد بالشروط، أصله الطلاق والعتاق. (ف)

(١١) ويبطل الأجل.

(١٢) قوله: "لما صح تعليقها إلخ" المراد بالتعليق بالشرط الأجل مجازاً بقرينة قوله: ويجب المال حالا، وتقريره أن

فإن قال: تكفلت بمالك عليه، فقامت البينة بألف عليه ضمنه الكفيل؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت[1] معاينة، فيتحقق ما عليه، فيصح الضمان به، وإن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به؛ لأنه منكر للزيادة[2].

فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك[3] لم يصدق على كفيله؛ لأنه إقرار على الغير، ولا ولاية له عليه[4]، ويصدق في حق نفسه؛ لولايته عليها[5].

قال[6]: ويجوز بأمر المكفول عنه وبغير أمره[7]؛ لإطلاق ما روينا[8]، ولأنه[9] التزام المطالبة، وهو تصرف[10] في حق نفسه، وفيه نفع الطالب، ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع[11]، إذ هو عند أمره[12]، وقد رضي به[13]. فإن[14] كفل بأمره رجع بما أدى عليه؛ لأنه[15] قضى دينه بأمره[16]، وإن كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه؛ لأنه[17] متبرع بأداءه[18].

الكفالة لما صح تأجيلها بأجل متعارف لم تبطل بالآجال الفاسدة كالطلاق والعتاق. (ع)

(١٣) قوله: "كالطلاق والعتاق [أي كما أن الشرط المجهول في الطلاق والعتاق]" يبطل ويصح الطلاق والعتاق، بأن قال: أعتقت عبدي، أو قال: طلقت امرأتي إلى قدوم الحاج أو الحصاد. (عيني)

(١) قوله: "كالثابت" ولو عاين ما عليه وكفل عنه لزمه ما عليه، فكذا إذا ثبت بالبينة. (عناية)

(٢) والقول قول المنكر مع اليمين.

(٣) أي مما يعترف به الكفيل.

(٤) أي على الكفيل.

(٥) أي على نفسه.

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) بأن يقول: اضمن عني، أو تكفل عني. (ع)

(٨) أي قوله عليه السلام: «الزعيم غارم».

(٩) أي لأن عقد الكفالة.

(١٠) أي هذا الالتزام. (ف)

(١١) أي رجوع الكفيل على المكفول عنه بما أدى.

(١٢) المكفول عنه.

(١٣) أي حال الأمر.

(١٤) هذا قول القدوري. (عيني)

(١٥)

(١٦) قوله: "لأنه قضى [ومن قضى دين غيره بأمره رجع عليه. ع] دينه بأمره" هذا مقيد بأمرين، أحدهما: أن يكون المطلوب ممن يصح منه الإقرار، فلو كان محجوراً صبياً، وأمر من الكفيل، فلا رجوع له عليه، ولو كان عبداً محجوراً فإنما يرجع عليه بعد عتقه، فلو كان الصبي مأذوناً صح أمره، ويرجع الكفيل عليه لصحة أمره بسبب الإذن. وثانيهما: أن يشتمل كلامه على لفظة عني كأن يقول: اكفل عني، اضمن عني لفلان. (ف)

وقوله: رجع بما أدى، معناه إذا أدى ما ضمنه، أما إذا أدى خلافه[١] رجع بما ضمن[٢]، لأنه[٣] ملك الدين بالأداء، فنزل منزلة الطالب[٤]، كما إذا ملكه[٥] بالهبة[٦] أو بالإرث[٧]، وكما إذا ملكه المحتال عليه[٨] بما ذكرنا في الحوالة[٩]، بخلاف المأمور[١٠] بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى[١١]، لأنه لم يجب عليه شيء[١٢] حتى يملك الدين بالأداء[١٣]، وبخلاف ما إذا صالح الكفيل[١٤] الطالب عن الألف على خمسمائة[١٥]، لأنه[١٦] إسقاط[١٧]، فصار كما إذا ابرأ الكفيل[١٨].

---

(١٧) الكفيل.

(١٨) والمتبرع لا يرجع. (ع)

(١) قوله: "أما إذا أدى خلافه" كما إذا أدى زيوفًا بدل ما ضمن من الجياد، ويجوز له ذلك، أو بالعكس. (ع)

(٢) لا بما أدى.

(٣) أي لأن الكفيل.

(٤) والطالب لم يكن له أن يطالبه، إلا بما في ذمته، فكذا من نزل منزلته. (ع)

(٥) قوله: "كما إذا ملكه [أي الكفيل] بالهبة" بأن يهب من الكفيل المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول عنه، فإن الكفيل يملكه، ويرجع على الأصيل بماضمن. (ع)

(٦) قوله: "بالهبة" فإن قيل: ينبغي أن لا يصح هبة الدين من الكفيل، لأن هبة الدين إنما تصح ممن عليه الدين، وليس الدين على الكفيل على المختار.
أجيب بأن هبة الدين من غير من عليه الدين إنما لا يجوز إذا لم يأذن للغير في قبضه، فأما إذا وهب الدين من آخر، وأذن له في قبضه جاز استحسانًا، وههنا لما وهب الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب. (ف)

(٧) بأن مات المكفول له ويرثه الكفيل.

(٨) قوله: "وكما إذا ملكه إلخ" أي ملكه المحتال عليه بما ذكرنا من الأسباب، وذلك بأن أحال المطلوب على إنسان، ولم يكن على المحتال عليه دين، فأدى المحتال عليه دنانير، وعروضًا عن الدراهم الدين، أو وهب له المحتال له الدين، أو تصدق عليه، أو ورث منه، فإنه يرجع في ذلك كله على المحيل بالدين، لأنه ملك ما في ذمته بهذه الأسباب، فيرجع على المحيل بما قبله منه. (ك)

(٩) أي حوالة "كفاية المنتهى". (ف)

(١٠) قوله: "بخلاف المأمور إلخ" جواب دخل مقدر، تقريره: أن الكفيل لا يرجع إلا إذا أدى بأمر المكفول عنه، وحينئذ لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الدين، والمأمور يرجع بما أدى، فكذلك الكفيل. (ع)

(١١) قوله: "حيث يرجع بما أدى" فلو أدى الزيوف عن الجياد، ويجوز له ذلك رجع بها دون الجياد، لأن أداء المأمور به لم يوجد، وإن عكس فكذلك، لأن الأمر لم يوجد في حق الزيادة، فكان تبرعًا بها، فعلى هذا، فقوله: رجع بما أدى بإطلاقه فيه تسامح. (ع)

(١٢) حيث لم يلتزم المال بالكفالة.

(١٣) فينزل منزلة الطالب، فيرجع بما ضمن. (ع)

(١٤) حيث يرجع بما أدى وهو خمس مائة، لا بما ضمن وهو الألف.

(١٥) قوله: "على خمس مائة" إنما قيد بقوله: على خمس مائة احتراز عما لو صالح عن جنس آخر من الدنانير أو العروض في ذلك يرجع على المكفول عنه بجميع الألف التي كفل. (ك)

قال[١]: وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدى[٢] عنه[٣]؛ لأنه لا يملكه[٤] قبل الأداء[٥]، بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع[٦] قبل الأداء[٧]، لأنه انعقد[٨] بينهما[٩] مبادلة حكمية[١٠].

قال[١١]: فإن لوزم[١٢] بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه[١٣] حتى يخلصه[١٤]، وكذا إذا حبس[١٥] كان له أن يحبسه[١٦]؛ لأنه لحقه[١٧] ما لحقه من جهته، فيعامله بمثله. وإذا ابرأ الطالب المكفول عنه، أو استوفى[١٨] منه برئ الكفيل، لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل[١٩]؛ لأن الدين عليه[٢٠] فى الصحيح[٢١].

---

(١٦) قوله: "لأنه إسقاط" أى لأن الصلح على أقل من جنس حقه إبراءً للكفيل فيما وراء بدل الصلح، والإبراء إسقاط، فلا يرجع بالساقط بخلاف الهبة. (ك)

(١٧) عن بعض الدين، وليس بمبادلة وإلا لكان ربا.

(١٨) قوله: "كما إذا أبرأ الكفيل" يعنى عن خمس مائة، وأخذ منه خمس مائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه إلا بخمس مائة، فكذلك إذا صالح على خمس مائة عن الألف لا يرجع. (ف)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) الكفيل.

(٣) المكفول عنه.

(٤) أى الكفيل المال.

(٥) والملك هو الموجب للرجوع، ولم يوجد.

(٦) على الموكل بالثمن.

(٧) إلى البائع.

(٨) قوله: "انعقد بينهما مبادلة حكمية" فإن الموكل لا يستفيد الملك إلا من قبل الوكيل، فكان الوكيل كالبائع، ولذا كان له حبس المشترى قبل قبض الثمن، وللبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع، فكذا الوكيل. (ف)

(٩) أى بين الوكيل والموكل.

(١٠) ولهذا وجب التحالف إذا اختلفا فى مقدار الثمن. (ع)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) أى الكفيل.

(١٣) إذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين فى ذمة الكفيل. (عناية)

(١٤) قوله: "حتى يخلصه" أى حتى يخلص المكفول عنه الكفيل، لأن الأصيل هو الذى أوقعه فى هذه الورطة، فعليه خلاصه عنها. (عينى)

(١٥) الكفيل.

(١٦) إذا كان الكفالة بأمره.

(١٧) الكفيل.

(١٨) دينه.

(١٩) قوله: "توجب إلخ" منقوض بما إذا شرط براءة الأصيل فى ابتداء الكفالة. فإن براءة الأصيل فيه موجودة، ولم

وإن ابرأ الكفيل لم يبرأ الأصيل عنه ؛ لأنه[١] تبع[٢]، ولأن عليه[٣] المطالبة[٤]، وبقاء الدين على الأصيل بدونه[٥] جائز[٦].

وكذا إذا أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن الكفيل، ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الذى عليه الأصل، لأن التأخير ابراء موقت[٧]، فيعتبر بالإبراء المؤبد[٨]، بخلاف[٩] ما إذا كفل بالمال الحال[١٠] مؤجلا إلى شهر فإنه يتأجل[١١] عن الأصل، لأنه لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة، فصار الأجل داخلا فيه[١٢]، أما ههنا[١٣] فبخلافه[١٤]. فإن صالح[١٥] الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة، فقد

توجد براءة الكفيل. قلنا: لا نقض فى ذلك فإنا قلنا: إن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل، ولم يبقَ ذلك كفيلا بل هذا العقد عقد الحوالة. (عناية)

(٢٠) أى على الأصيل. (ف)

(٢١) قوله: "فى الصحيح" احتراز عما قال بعضهم بوجوب أصل الدين فى ذمة الكفيل. (ك)

(١) أى لأن الكفيل.

(٢) والأصيل لا يتبع تبعه.

(٣) أى على الكفيل. (ف)

(٤) دون الدين. (ف)

(٥) الطلب أو بدون الكفل. (ع)

(٦) قوله: "جائز" ألا ترى أنه لو مات الكفيل ما سقط الدين عن الأصيل. (عناية)

(٧) لإسقاط المطالبة إلى غاية. (ع)

(٨) قوله: "فيعتبر [أى يقاس] بالإبراء المؤبد" أى فيما بين الأصيل والكفيل، فأما الإبراء الموقت والمؤبد يفترقان فى حق الكفيل، فإن الإبراء المؤبد للكفيل لا يرتد برده، وأما الإبراء الموقت يرتد برده، ويكون الدين عليه حالا، لأن الإبراء المؤبد إسقاط فى حقه، والإسقاط لا يرتد بالرد، وأما الإبراء الموقت فهو تأخير المطالبة، وليس بإسقاط، ألا ترى أن المطالبة تعود بعد الأجل والتأخير قابل الإبطال، بخلاف الإسقاط المحض. (ك)

(٩) قوله: "بخلاف إلخ" يجوز أن يكون جواب دخل تقريره: لا نسلم أن التأخير عن الكفيل لا يكون تأخيراً عن الأصيل، فإن الكفيل إذا كفل بالمال الحال مؤجلا إلى شهر فإنه يكون تأخيراً عن الأصيل. (عناية)

(١٠) على الأصيل.

(١١) الدين.

(١٢) الدين.

(١٣) قوله: "أما ههنا" وهو ما إذا كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل، فبخلافه، لأنه تقرر حكمها قبل التأجيل أنه جواز المطالبة، ثم طرأ التأجيل عن الكفيل، فينصرف إلى ما تقرر عليه بالكفالة وهو جواز المطالبة. (ف)

(١٤) قوله: "فبخلافه" لأن تأخير الكفيل بعد ما كفل حالا تأخير المطالبة عن الكفيل، إذ الملتزم بالكفالة المطالبة، فكان تأخيراً للملتزم، فلا يثبت التأخير فى حق الدين، لأن الدين لم يذكر فى معرض التأجيل، وأما فى هذه المسألة ذكر الدين فى معرض التأجيل، أوجب المطالبة عليه ابتداء مؤجلة، ولن يكون عليه مؤجلا ابتداء إلا بعد ثبوت التأجيل فى حق الأصيل، لأن حالة وجود الكفالة لا حق يقبل الأجل إلا الدين، فيأجل فى حقها. (ك)

بريء الكفيل، والذي عليه الأصيل؛ لأنه أضاف الصلح إلى الألف الدين، وهي[١] على الأصيل، فبريء[٢] عن خمسمائة؛ لأنه[٣] إسقاطه، وبراءته[٤] توجب براءة الكفيل، ثم برئا جميعًا[٥] عن خمسمائة بأداء الكفيل، ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة[٦] إن كانت الكفالة بأمره[٧]، بخلاف ما إذا صالح[٨] على جنس آخر، لأنه[٩] مبادلة حكمية، فملكه[١٠]، فيرجع بجميع الألف، ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة[١١] لا يبرأ الأصيل، لأن هذا إبراء الكفيل عن المطالبة.

قال[١٢]: ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت إلى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه، معناه[١٣] بما ضمن له بأمره لأن البراءة التي ابتداءها من المطلوب وانتهاءها إلى الطالب لا يكون إلا بالإيفاء، فيكون[١٤] هذا[١٥] إقرارًا بالأداء[١٦]، فيرجع. وإن قال[١٧]: أبرأتك لم يرجع الكفيل[١٨] على المكفول عنه؛ لأنه[١٩] براءة لا

---

(١٥) قوله: "فإن صالح الكفيل إلخ" المسألة على أربعة أوجه، إن شرطا براءتهما في الصلح برئا جميعًا عن خمس مائة، وإن شرطا براءة المطلوب فكذلك يبرئان جميعًا، وإن شرطا براءة الكفيل لا غير بريء الكفيل عن خمس مائة لا غير، وإن لم يشترطا في الصلح براءة واحد منهما بأن قال الكفيل للطالب: صالحتك عن الألف على خمس مائة، ولم يزد على هذه، وهي مسألة الكتاب برئا جميعًا، لأنه أضاف إلخ. (ك)

(١) ألف دين.

(٢) الأصيل.

(٣) أي هذا الصلح.

(٤) الأصيل.

(٥) أي الأصيل والكفيل.

(٦) لأنه أوفى هذ القدر. (ك)

(٧) وإن كانت بغير أمره لا يرجع.

(٨) عن الألف.

(٩) أي لأن هذا الصلح بجنس آخر. (ف)

(١٠) الألف.

(١١) قوله: "ولو كان صالحه [رب الدين] عما استوجب بالكفالة" أي ما وجب بالكفالة وهي المطالبة، صورته ما ذكر في "المبسوط" أنه لو صالح على مائة درهم على أن يبرأ الكفيل خاصة من الباقي رجع الكفيل على الأصيل بمائة، ورجع الطالب على الأصيل بتسع مائة، لأن إبراء الكفيل يكون فسخًا للكفالة، ولا يكون إسقاطا لأصل الدين. (ك)

(١٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٣) أي معنى قوله: رجع إلخ، رجع بما ضمن الكفيل للمكفول له بأمر المكفول عنه.

(١٤) قوله: "فيكون إلخ" وكان بمنزلة أن يقول: دفعت إلى من المال، وقبضته منك وهو إقرار بالقبض، فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل، ولا من الأصيل، ويرجع الكفيل على الأصيل. (ك)

(١٥) أي قوله: برئت إلى.

(١٦) أي الإيفاء.

(١٧) الطالب.

تنتهي إلى غيره، وذلك[١] بالإسقاط، فلم يكن إقراراً بالإيفاء، ولو قال: برئت[٢]، قال محمد رحمه الله: هو مثل الثاني[٣]؛ لأنه يحتمل البراءة بالأداء إليه[٤] والإبراء[٥]، فيثبت الأدنى[٦]، إذ لا يرجع الكفيل بالشك[٧].

وقال أبو يوسف رحمه الله[٨]: هو مثل الأول[٩]، لأنه[١٠] أقر ببراءة ابتداءها من المطلوب[١١]، وإليه الإيفاء[١٢] دون الإبراء[١٣]. وقيل: في جميع ما ذكرنا[١٤] إذا كان الطالب حاضراً[١٥] يرجع في البيان[١٦] إليه[١٧] لأنه هو المجمل[١٨].

قال[١٩]: ولا يجوز[٢٠] تعليق البراءة من الكفالة بالشرط[٢١]؛ لما فيه من معنى

---

(١٨) لكن لرب الدين أن يطلب ماله من الأصيل. (عناية)

(١٩) أي لأن ما دل عليه اللفظ براءة إلخ. (ع)

(١) أي هذه البراءة الغير المنتهية إلى غير الطالب.

(٢) ولم يقل: إليّ.

(٣) أي قوله: أبرأتك.

(٤) طالب.

(٥) الإسقاط.

(٦) أي البراءة بالإبراء.

(٧) قوله: "إذ لا يرجع إلخ" يعني إنا تيقنا بحصول البراءة بأي الأمرين كان، وشككنا في الرجوع، لأن البراءة إن كانت بالأداء رجع، وإن كانت بالإبراء لم يرجع، فلا يرجع بالشك. (عناية)

(٨) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" وقيل: أبو حنيفة مع أبي يوسف في هذه المسألة، وكان المصنف اختاره، فأخره، وهو أقرب الاحتمالين، فالمصير إليه أولى. (عناية)

(٩) أي قوله: برئت إلي.

(١٠) أي لأن الطالب.

(١١) قوله: "ابتداءها من المطلوب" فإنه ذكر حرف الخطاب وهو التاء، وذلك إنما يكون بفعل مضاف إليه على الخصوص كما إذا قيل: قمت، وقعدت. (عناية)

(١٢) قوله: "وإليه الإيفاء" لأنه يضع المال بين يدي الطالب، ويخلي بينه وبين المال، فيقع البراءة، وإن لم يوجد من الطالب صنع. (ع)

(١٣) فإن الإبراء لا يوجد بفعل الكفيل.

(١٤) من الوجوه الثلاث.

(١٥) وأما إذا كان غائبا فالاستدلال على الوجوه المذكورة. (ع)

(١٦) أنه قبض أو لم يقبض. (ف)

(١٧) أي إلى الطالب.

(١٨) قوله: "هو المجمل" والمراد بالمجمل ما يحتاج إلى تأويل، ويحتمل المجاز، وإن كان بعيداً كما يحتمل قوله: برئت إلى معنى لأني أبرأتك، لا حقيقة المجمل، يعني يرجع إليه إذا كان حاضراً، لإزالة الاحتمالات خصوصاً إذا كان العرف من ذلك اللفظ مشتركاً منهم من يتكلم به ويقصد ما ذكرنا من القبض، ومنهم من يقصد الإبراء. (ف)

لتمليك[١]، وكما في سائر البراءات، ويروى[٢] أنه[٣] يصح، لأن عليه المطالبة دون الدين في الصحيح، فكان[٤] إسقاطًا محضًا[٥] كالطلاق[٦]، ولهذا[٧] لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد، بخلاف إبراء الأصيل[٨].

وكل حق لا يمكن[٩] استيفاءه من الكفيل لا يصح[١٠] الكفالة به كالحدود والقصاص[١١]، معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد[١٢]، لأنه يتعذر إيجابه عليه، وهذا[١٣] لأن العقوبة[١٤] لا يجرى فيها النيابة[١٥]. وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز[١٦]؛ لأنه[١٧] دين[١٨] كسائر الديون[١٩]، وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح؛

---

(١٩) أي القدوري. (عيني)

(٢٠) قوله: "ولا يجوز إلخ" يشكل بما إذا قال الكفيل بالمال لرب المال: على أني إن وافيت به غدًا فأنا بريئ من المال، فوافاه به يبرأ من المال. وجوابه: أن هذا شرط ملائم، وكلام الكتاب في الشرط الغير الملايم، وأن الغرض أن فيه روايتين، وهذا الفرع شاهد لأحدهما، فلا إشكال، كذا في "فتح القدير". (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٢١) مثل أن يقول: إذا جاء غدًا فأنت بريئ من الكفالة. (عناية)

(١) قوله: "لما فيه من معنى التمليك [وليست بإسقاط محض. ع]" وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر، وكذا على قول غيره، لأن فيها تمليك المطالبة، وهي كالدين، لأنها وسيلة إليه، والتمليكات لا تقبل التعليق بالشرط. (ك)

(٢) وهو أوجه. (ف)

(٣) أي أن هذا التعليق.

(٤) الإبراء.

(٥) والإسقاط المحض يصح تعليقه. (م)

(٦) فإنه إسقاط محض يصح تعليقه بالشرط.

(٧) أي لكونه إسقاطًا محضًا.

(٨) فإنه يرتد بالرد.

(٩) قوله: "لا يمكن إلخ" أي لا يصح شرعًا عبر عنه بعدم الإمكان مبالغة في نفي الصحة. (م)

(١٠) حيث لا يصح الاستيفاء منه. (م)

(١١) أي كنفس الحدود ونفس القصاص. (ف)

(١٢) فإن الكفالة بنفس من عليه مر.

(١٣) أي التعذر.

(١٤) قوله: "لأن العقوبة لا يجرى إلخ" وفيه تشكيك، وهو أن الزجر إما أن يكون للجاني بأن لا يعود إلى مثل ما فعل، أو لغيره، فإن كان الأول فقد لا يحصل المقصود به كما ترى بعض المنهمكين يعودون إلى الجناية، وإن كان الثاني فقد يحصل المقصود بالإقامة على النائب هذا في الحدود، وأما في القصاص فالأول منتف قطعًا لعدم تصوره بعد الموت أصلا لامحالة، والثاني كما في الحد، ولعل الاستدلال على ذلك بالإجماع أولى، فإنه لم يرد من أحد من أهله خلاف في عدم جريانها في العقوبات، فيكون التشكيك حينئذ تشكيكًا في المسلمات، وهو غير مسموع. (عناية)

(١٥) لأنه لا يحصل المقصود بها وهو الزجر. (ك)

لأنه عين مضمون بغيره[١] وهو الثمن[٢]، والكفالة بالأعيان المضمونة وإن[٣] كانت تصح عندنا خلافًا للشافعي رحمه الله[٤] لكن بالأعيان[٥] المضمونة بنفسها[٦] كالمبيع

(١٦) الكفالة.

(١٧) الثمن.

(١٨) صحيح.

(١٩) قوله: "كسائر الديون" وعلى هذا يكون ذكره تمهيدًا لذكر الكفالة بالمبيع والأعيان المذكورة بعده. (عناية)

(١) قوله: "لأنه عين مضمون إلخ" أما الأعيان المضمونة على نوعين، الأول ما كان مضمونًا بنفسه على معنى أنه يجب رد عينها إن كانت قائمة، ورد قيمتها، أو مثلها إن هلكت، فتصح الكفالة بها. والثانى ما كان غير مضمون بنفسه، بل هو مضمون بغيره كالمبيع فى يد البائع والمرهون فى يد المرتهن، لأن المبيع مضمون بالثمن إذ المبيع لو هلك يهلك على حكم ملك المالك، ينفسخ البيع، والرهن مضمون بالدين بقدره، فلا تصح الكفالة بها. (عينى)

(٢) قوله: "وهو الثمن [ولا يمكن أداءه من الكفيل إذا هلك فإنه إذا هلك العين يسقط الثمن] إلخ" وهذا لأنه لو هلك المبيع قبل القبض فى يد البائع لا يجب على البائع شىء، وإنما يسقط حقه فى الثمن، وإذا كان المبيع مضمونًا على البائع بسقوط حقه فى الثمن لا بنفسه لا يمكن تحقق معنى الكفالة، إذ هى ضم الذمة إلى الذمة فى المطالبة، ولا يتحقق الضم بين المختلفين، فإن ما ثبت على الأصيل، وهو سقوط حقه فى الثمن لا يمكن إثباته فى حق الكفيل، وما أمكن إثباته على الكفيل من كونه مضمونًا عليه بالقيمة لا يمكن إثباته على الأصيل. بخلاف الكفالة بتسليم المبيع حيث يصح لتحقق معنى الضم فيها، ونظير الكفالة بالمبيع الكفالة ببدل الكتابة حيث لا يمكن الإيجاب على الكفيل بمثل ما وجب على الأصيل. (ك)

(٣) الواو وصلية.

(٤) قوله: "خلافًا للشافعى إلخ" إذ الشافعية منعت الكفالة بالأعيان مطلقًا بناء على أصله أن موجب الكفالة التزام أصل الدين فى الذمة، فكان محلها الدين دون العين، وإن شرط صحتها قدرة الكفيل على الإيفاء من عنده، وذلك يتصور فى الديون دون الأعيان. وقلنا بناءً على أصلنا: إن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة، والمطالبة تقتضى أن يكون المطلوب مضمونًا على الأصيل لا محالة. (عناية)

(٥) قوله: " لكن بالأعيان المضمونة بنفسها إلخ" ويجب على الكفيل تسليم العين ما دام قائمًا، وتسليم قيمته أو ثمنه عند الهلاك، لأنها أعيان مضمونة بعينها، ومعنى ذلك أنه يجب قيمتها عند الهلاك، وما لم يجب قيمته، أو ثمنه عند الهلاك فهو مضمون بغيره. (عناية)

قوله: "لكن بالأعيان المضمونة إلخ" يعنى أن الكفالة بالأعيان المضمونة عندنا صحيحة لكن لا مطلقًا بل إذا كانت الأعيان مضمونة بقيمتها، بأن تكون بحيث لو فقدت وجب قيمتها كالمبيع بيعًا فاسدًا، فإنه مضمون بالقيمة، حتى لو هلك يجب القيمة لا الثمن، فتصح الكفالة به، وكالمقبوض على سوم الشراء، فإنه مضمون بقيمته، حتى لو هلك فى يد من أخذه على سوم الشراء يجب القيمة عليه لا ثمنه، لأنه لم يتم البيع، فالكفالة تصح به بأن يكفل أحد لصاحب المال عمن يأخذه على سوم الشراء. وكالمغصوب فإنه مضمون بالقيمة إذ هلك عند الغاصب، فتصح الكفالة به، وقس عليه نحو هذه الصور، فإن كانت الأعيان مضمونة بغير القيمة كالمبيع فإنه مضمون بالثمن لا بالقيمة، حتى لو هلك فى يد البائع لا يجب إلا رد الثمن لا أداء قيمته، وكالمرهون فإنه مضمون بالدين، حتى لو هلك يحكم بالتقاضى بينه وبين الدين على ما يأتى تفصيله فى كتاب الرهن، فحينئذ لا تصح الكفالة، فلو كفل أحد بالمبيع، أو بالمرهون لم تصح، لأن ثمرة الكفالة وجوب بدل المكفول به عند فقدانه، وههنا ذلك غير مضمون بقيمته، بل بشىء آخر وهو لا يجب على الكفيل. واحترز بقيد المضمونة عن الأعيان التى هى أمانة، كالوديعة عند رجل، فإنه لو هلك فى يد المودع لم يجب شىء، وكالمستعار، فإنه لو هلك فى يد المستعير لا شىء عليه، وكالمستأجر، فإنه لو هلك فى يد المستأجر من غير تعد منه لم يجب شىء على ما يأتى فى كتاب الإجارة، وكمال المضاربة ومال الشركة فإنه أمانة فى يد من هو فى يده.

بيعًا فاسدًا، أو المقبوض على سوم الشراء والمغصوب، لا[١] بما كان مضمونًا بغيره كالمبيع والمرهون، ولا[٢] بما كان[٣] أمانة كالوديعة والمستعار، والمستأجر، ومال المضاربة، والشركة، ولو كفل بتسليم المبيع[٤] قبل القبض[٥]، أو بتسليم[٦] الرهن[٧] بعد القبض إلى الراهن، أو بتسليم المستأجر[٨] إلى المستأجر جاز؛ لأنه التزم فعلا واجبًا[٩].

ومن استأجر دابة للحمل عليها، فإن كانت[١٠] بعينها لا يصح الكفالة بالحمل؛ لأنه[١١] عاجز عنه[١٢]، وإن كانت[١٣] بغير عينها جازت الكفالة؛ لأنه يمكنه[١٤] الحمل

فهذه الأشياء وأمثالها لا تصح الكفالة لفقدان ثمرة الكفالة، لأن الغرض منها أداء عين، وعند عدمه أداء بدله، وههنا لا يجب شيء بهلاك هذه الأشياء، فلا يتصور معنى الكفالة ههنا، أي ضم الذمة بالذمة.

فإن قلت: ثمرة الكفالة تظهر عند وجود هذه الأشياء وهو أنه كما أن رد هذه الأشياء على من هي في يده واجب كذلك يجب على الكفيل، قلت: هذا جزء الثمرة، والثمرة هو أداء عينه، أو بدله، وأداء البدل ههنا مفقود، فلو صحت الكفالة لزم عدم مساواة الكفيل والمكفول عنه، لوأوجبنا البدل على الكفيل، لأنه غير واجب على الأصيل، والكفالة إنما يكون بإيجاب ما على الأصيل على الكفيل، وإذ ليس فليس، فافهم. (مولانا محمد عبد الحي نور الله مرقده)

(٦) أي بقيمتها. (ك)

(١) أي لا يصح الكفالة بما إلخ.

(٢) أي لا يصح الكفالة بما إلخ.

(٣) أي غير مضمونة.

(٤) قوله: "بتسليم [أي بتسليم الأعيان المضمونة بغيرها] المبيع [إلى المشترى] إلخ" فإن هلك المبيع فلا شيء على الكفيل، لأن العقد قد انفسخ، ووجب على البائع رد الثمن، والكفيل لم يضمن الثمن، وإن هلك الرهن عند المرتهن فكذلك، لأن حين الرهن إن كان بمقدار الدين، أو زائدا عليه، والزيادة عليه من ماليته كان أمانة في يد المرتهن، ولا ضمان فيها. (ع)

(٥) أي قبل قبض المشترى، وبعد نقد الثمن.

(٦) قوله: "أو بتسليم الرهن إلخ" أي كفل بتسليم الرهن عن المرتهن إلى الراهن بعد ما استوفى المرتهن الدين. (ك)

(٧) أي المرهون.

(٨) قوله: "أو بتسليم المستأجر إلخ" ما كان أمانة، فإن كان غير واجب التسليم كالوديعة، ومال المضاربة والشركة، فإن الواجب عدم المنع عند الطلب لا التسليم لا يجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه كما لا يجوز بعينها وإن كان واجب التسليم كالمستأجر إذا ضمن رجل بتسليمه إلى المستأجر كمن استأجر دابة، وعجل الآخر، ولم يقبضها، وكفل له بذلك كفيل صحت الكفالة، وعلى الكفيل تسليمها ما دامت حية، فإن هلكت فليس على الكفيل شيء، لأن الإجارة انفسخت، وخرج الأصل عن كونه مطالبًا بتسليمها، وإنما عليه ردّ الأجر، والكفيل ما كفل به. (ع)

(٩) قوله: "لأنه التزم فعلا [على الأصيل، وهو تسليم المبيع، أو المرهون، أو المستأجر] واجبًا" إشارة إلى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم، وما لا يكون كما فصلنا. (ع)

(١٠) الدابة.

(١١) قوله: "لأنه" أي الكفيل عاجز عنه، أي عن الحمل على الدابة المعينة، لأن الدابة المعينة ليست في ملكه، والحمل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة. (ع)

(١٢) لأنه لا ولاية له على الحمل على دابة غيره. (ك)

على دابة نفسه، والحمل هو المستحق، وكذا من استأجر عبداً[١] للخدمة، فكفل له رجل بخدمته فهو باطل؛ لما بينا[٢].

قال: ولا تصح[٣] الكفالة[٤] إلا بقبول المكفول له في المجلس[٥]، وهذا عند أبي حنيفة[٦] ومحمد رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله[٧]: يجوز إذا بلغه[٨] فأجاز، لم يشترط[٩] في بعض النسخ[١٠] الإجازة[١١]، والخلاف[١٢] في الكفالة بالنفس والمال جميعًا. له: أنه[١٣] تصرف التزام[١٤]، فيستبد[١٥] به الملتزم، وهذا وجه هذه الرواية عنه[١٦]، ووجه[١٧] التوقف[١٨] ما ذكرناه[١٩] في الفضولي في النكاح،

---

(١٣) الدابة.

(١٤) الكفيل.

(١) بعينه. (ع)

(٢) من أنه عاجز عما كفل به. (ع)

(٣) هذه مسألة القدوري.

(٤) بالمال أو النفس.

(٥) أي مجلس عقد الكفالة.

(٦) ويوافقه أبو يوسف في القول الأول.

(٧) آخرًا.

(٨) الخبر.

(٩) على قول أبي يوسف، كذا في الباب الأول من كفالة "المبسوط".

(١٠) قوله: "في بعض النسخ" أي نسخ كفالة "المبسوط"، وفيه: أن نسخ كفالة "المبسوط" لم تتعدد، وإنما هي نسخة واحدة، فالوجود في بعضها دون بعض يدل على ترك في بعض، أو زيادة في آخر.

وذكر في "الإيضاح": وقال أبو يوسف: يجوز، ثم قال: وذكر قوله في الأصل في موضعين، فشرط الإجازة في أحدهما دون الآخر، وعلى هذا يجوز أن يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ "المبسوط". (عناية)

(١١) فرضًا الطالب ليس بشرط عنده.

(١٢) بين الطرفين وأبي يوسف.

(١٣) الكفالة.

(١٤) كالنذر.

(١٥) يستقل.

(١٦) التي لم تشترط الإجازة فيها. (ع)

(١٧) أبي يوسف.

(١٨) على الإجازة. (عناية)

(١٩) قوله: "ما ذكرناه" هو أن شطر العقد يتوقف على ما وراء المجلس عند أبي يوسف، وعندهما لا يتوقف شطر العقد على ما وراء المجلس، فإذا تزوج الفضولي امرأة يتوقف عند أبي يوسف على إجازتها فيما وراء المجلس، لأنه لا ضرر في هذا التوقف على أحد. (عيني)

ولهما: أن فيه[١] معنى التمليك، وهو تمليك المطالبة منه[٢]، فيقوم[٣] بهما جميعًا، والموجود شطره[٤]، فلا يتوقف على ما وراء المجلس[٥].

قال[٦]: إلا في مسألة واحدة[٧]، وهي أن يقول المريض[٨] لوارثه: تكفل عنى بما على من الدين، فكفل[٩] به مع غيبة الغرماء جاز؛ لأن ذلك[١٠] وصية[١١] فى الحقيقة، ولهذا[١٢] تصح[١٣] وإن[١٤] لم يسمِّ المكفول لهم[١٥]، ولهذا[١٦] قالوا[١٧]: إنما تصح[١٨] إذا كان له مال[١٩]. أو يقال[٢٠]: إنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه[٢١] تفريغًا

---

(١) أى فى عقد الكفالة. (ع)

(٢) الطالب أى من الكفيل.

(٣) قوله: "فيقوم" أى التمليك بهما، أى بالكفيل والطالب، ولا يتم بعد الإيجاب إلا بالقبول. (مل)

(٤) لا كله عقد، فإن كلام الواحد شطر العقد، والتمليك بالشطرين.

(٥) قوله: "فلا يتوقف [الشطر] إلخ" هذا يقتضى أنه لو تم عقد بقبول فضولى آخر توقف، وقد صرح بذلك عنهما، قالوا: إذا قبل عنه قابل توقف بالإجماع، وحينئذ فقوله: فى وضع المسألة لا تصح إلا بقبول المكفول له فى المجلس غير صحيح بل الشرط أن يقبل فى المجلس إن كان حاضرًا، فينفذ، ويقبل عنه فضولى إذا كان غائبًا، فيتوقف على إجازته أو رده. (ف)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "إلا فى مسألة إلخ" استثناء من قوله: إلا بقبول المكفول له فى مجلس العقد، أى تصح الكفالة بدون قبول المكفول له ههنا عندهما لكن هو جواب الاستحسان، وأما فى جواب القياس فلا يجوز على قولهما فى هذه المسألة أيضًا، لأن الطالب غير حاضر، فلا يتم الضمان إلا بقبوله، ولأن الصحيح لو قال هذا لورثته، أو لغيرهم لم يصح، فكذلك ههنا. (ك)

(٨) المديون.

(٩) الوارث.

(١٠) قوله: "لأن ذلك إلخ" كأنه أوصى إليه بقضاء ديونهم، فيشترط قبول من أوصى، إليه ليصير وصيًا لا قبول غيره. (عينى)

(١١) قوله: "وصية فى الحقيقة" أى فيه معنى الوصية، إذ لو كانت حقيقة الوصية لم يفترق الحال بين حال الصحة، والمرض فى ذلك، وقد ذكر فى "المبسوط" أن ذلك لا يصح منه فى حال الصحة. (ف)

(١٢) أى لأجل أنه وصية.

(١٣) هذه الكفالة.

(١٤) الواو وصلية.

(١٥) وقد تقدم أن جهالة المكفول له تفسد الكفالة. (ع)

(١٦) أى لأجل أنه وصية.

(١٧) قوله: "قالوا" أى المشايخ إنما يتم ذلك إذا كان له مال، فإن لم يكن له مال لا تؤخذ الورثة بديونه، ولو كان حقيقة الكفالة لأخذوا بها حيث تكلفوا. (ف)

(١٨) أى هذه الكفالة.

(١٩) عند الموت.

(٢٠) أى فى صحة قول المريض لوارثه: تكفل عنى إلخ.

لذمته[١]، وفيه[٢] نفع الطالب[٣]، كما إذا حضر بنفسه[٤]، وإنما يصح بهذا اللفظ[٥]، ولا يشترط القبول[٦]، لأنه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهراً فى هذه الحالة، فصار كالأمر بالنكاح، ولو قال المريض[٧] ذلك لأجنبي اختلف المشايخ فيه[٨]. قال[٩]: وإذا مات الرجل[١٠] وعليه ديون، ولم يترك شيئاً[١١]، فتكفل عنه رجل[١٢] للغرماء لم تصح عند أبى حنيفة رحمه الله.

وقالا: تصح ؛ لأنه كفل بدين ثابت[١٣] لأنه وجب[١٤] لحق الطالب، ولم يوجد

---

(٢١) أى إلى القيام مقامه.

(١) أى عن الدين.

(٢) كفالة.

(٣) وهو وصول حقه إليه. (ك)

(٤) قوله: "كما إذا حضر [أى الطالب] إلخ" أى فصار كما إذا حضر الطالب، وقال للوارث: تكفل عن أبيك لى. (ك)

(٥) قوله: "وإنما يصح إلخ" دفع دخل، تقريره: أن المريض لما قام مقام الطالب ينبغى أن يشترط قبوله كما يشترط قبول الطالب لعدم صحة الكفالة بدون قبول المكفول له، وهل هذا القول إلا كقول المشترى لرجل، بعنى فلما قال: بعت لا ينعقد البيع إلا إذا قال المشترى: قبلت، فكذا هذا. وتوضيح الدفع أنه يصح الكفالة بهذا اللفظ، أى قول المريض، لأنه يريد المريض لوارثه تكفل عنى إلخ، ولا يشترط قبول المريض، لأنه يريد المريض بهذا القول تحقيق الكفالة تخليص نفسه من الديون دون المساومة، فإن ظاهر الحالة التى هو عليها وهى حالة الموت تدل ظاهرا على قصده إلى التحقيق دون المساومة، فقوله: تكفل، بمنزلة قوله: قبلت الكفالة، فصار الأمر ههنا كالأمر بالنكاح فيما لو قال رجل لامرأة: زوجنى نفسك، فقالت: زوجت. فهذا بمنزلة قولهما: تزوجت، وقبلت، فإن النكاح لا يجرى فيه المساومة، وهذا بخلاف البيع، فإنه يجرى فيه المساومة. ثم اعلم أنه تعقبه فى العناية بأن ظاهر قوله: ولا يشترط القبول يدل على سقوطه فى هذه الصورة، وهو مناسب للاستثناء، وتمثيله بالأمر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما، ويجوز أن يكونا مسلكين فى هذه المسألة. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٦) أى قبول المريض. (ك)

(٧) قوله: "ولو قال إلخ" أى إذا قال المريض لأجنبى: تكفل عنى بما على من الدين، ففعل الأجنبى ذلك اختلف المشايخ، فمنهم من لم يصحح ذلك، لأن الأجنبى غير مطالب بقضاء دينه، لا فى الحياة ولا بعد موته بدون الالتزام، فكان المريض والصحيح فى حقه سواء، ولو قال الصحيح ذلك لأجنبى أو لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له، فكذا المريض.

ومنهم من صححه، لأن المريض قصد به النظر لنفسه، والأجنبى إذا قضى دينه بأمره يرجع فى تركته، فيصح هذا من المريض على أن يجعله قائماً مقام الطالب، لتضيق الحال عليه بمرض الموت، كما تقدم، ومثل هذا لا يوجد من الصحيح، فتركناه على القياس، أو على أنه بطريق الوصية كما هو الوجه الآخر من الاستحسان، ولهذا جاز مع جهالة المكفول له، وجواز ذلك فى المريض للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح. (عناية)

(٨) والأوجه هو الصحة، كذا فى "فتح القدير".

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) مفلساً.

(١١) ولم يكن عنه كفيل. (ع)

(١٢) وارثًا كان أو أجنبيًا. (ع)

المسقط[1]، ولهذا[2] يبقى في حق أحكام الآخرة[3]، ولو تبرع به[4] إنسان يصح[5]، وكذا يبقى[6] إذا كان به[7] كفيل، أو مال[8].

وله: أنه كفل بدين ساقط[9]، لأن الدين هو الفعل حقيقة[10]، ولهذا يوصف بالوجوب[11]، لكنه في الحكم مال[12]، لأنه يؤول إليه في المآل، وقد عجز بنفسه وبخلفه[13]، ففات عاقبة الاستيفاء، فيسقط ضرورةً[14]، والتبرع لا يعتمد قيام الدين[15]، وإذا كان به كفيل[16]، أو له مال فخلفه أو الإفضاء إلى الأداء باقٍ.

---

(١٣) صحيح، لأنه المفروض. (ع)

(١٤) في حياته. (ف)

(١) قوله: "ولم يوجد المسقط [للدين]" إذ المفروض عدم ابراء من له الحق، وأداء من عليه، فسخ سبب الوجوب. (ع)

(٢) أي لأجل عدم المسقط.

(٣) أي في حق الإثم. (ك)

(٤) أي بأداء هذا الدين.

(٥) قوله: "يصح" ولو برئ المفلس بالموت عن الدين لما حل لصاحبه الأخذ من المتبرع. (عناية)

(٦) قوله: "وكذا يبقى إلخ" أي لو كان بالدين كفيل بقي على كفالته، ولو سقط الدين بالموت لسقط عن الكفيل، لأن سقوط الدين عن الأصيل يوجب براءة الكفيل. (ك)

(٧) أي بهذا الدين.

(٨) ويبقى الكفيل على كفالته.

(٩) لأن محل الدين قد فات، وقيام الدين من غير المحل محال.

(١٠) قوله: "هو الفعل حقيقة" يعني أن المقصود والفائدة الحاصلة من الدين هو الفعل، أي فعل الأداء، يعني تمليك المال وتسليمه. (مل)

(١١) قوله: "ولهذا [أي لكون الدين هو الفعل] يوصف بالوجوب" يقال: دين واجب، والوجوب صفة الأفعال دون الأعيان، إذ الوجوب عبارة عن اختصاص الفعل الذي يقتضي استحقاق الذم والإثم على الإخلال به، وهذا إنما يتصور في الأفعال دون الأعيان. لأن الأعيان لا تدخل تحت قدرة العباد، فلا يتصور الإخلال بتحصيلها منهم، ولا فعل ههنا يوصف بالوجوب، سوى إيفاء المال وتمليكه. (ك)

(١٢) قوله: "لكنه في الحكم إلخ" دفع دخل مقدر، تقريره: أن المال أيضًا يوصف بالوجوب، يقال: على فلان ألف درهم ثمن بيع، أو ضمان استهلاك، وحاصل الدفع أن الدين في الحكم مال لأن تحقق ذلك الفعل، أي الأداء في الخارج ليس إلا بتمليك طائفة من المال، فاتصاف المال بالوجوب لأن الدين يؤول إلى المال في المآل، فكان وصفًا مجازيًا. (مل)

(١٣) أي الكفيل.

(١٤) قوله: "فيسقط [في الدنيا] ضرورة" لأن كل فعل يقتضي القدرة، والقدرة إنما يكون بنفسه وبخلفه، وهما معدومان. (عناية)

(١٥) قوله: "والتبرع [أي في حق المكفول عنه بل يعتمد قيامه في حق الكفيل. ك] لا يعتمد قيام الدين" فإن من قال لفلان على فلان ألف درهم، وأنا كفيل به صحت الكفالة، وعليه أداءه، وإن لم يوجد الدين أصلا، وأن بطلان الدين إنما هو في حق الميت لا المستحق، لأن الموت يخرج من قام به عن المحلية، وإذا كان باقيًا في حق المستحق حل له أن يأخذ بدينه ما تبرع به الغير. (ع)

قال[١]: ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره، فقضاه الألف[٢] قبل أن يعطيه[٣] صاحب المال، فليس له أن يرجع فيها[٤]؛ لأنه تعلق به[٥] حق القابض[٦] على احتمال قضاءه الدين، فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال[٧] كمن عجل[٨] زكاته[٩]، ودفعها[١٠] إلى الساعي[١١]، ولأنه ملكه[١٢] بالقبض على ما نذكر[١٣]، بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة[١٤]، لأنه تمحض أمانة في يده.

وإن ربح الكفيل فيه[١٥] فهو له لا يتصدق به؛ لأنه ملكه[١٦] حين قبضه[١٧]، أما

---

(١٦) قوله: "وإذا كان إلخ" جواب عن قولهما: وكذا يبقى إلخ. بيانه أن القدرة شرط الفعل، إما بنفس القادر أو بخلفه، وإذا كان به كفيل، أو له مال، وإن انتفى القادر فخلفه، وهو الكفيل، أو المال في حق بقاء الدين باق.

وقوله: أو الإفضاء إلى الأداء نتزل، أي الكفيل والمال إن لم يكونا خلفين، فالإفضاء إلى الأداء لوجودهما باق، بخلاف ما إذا عدما، ويجوز أن يكون في الكلام لف ونشر، وتقديره: فخلفه وهو الكفيل، أو الإفضاء، أي ما يفضي إلى الأداء وهو المال باق، وعلى هذا يشترط في القدرة إما نفس القادر أو خلفه، أو ما يفضي إلى الأداء. (ع)

(١) أي محمد. (عيني)

(٢) قوله: "فقضاه إلخ" أي دفع المال المطلوب إلى الكفيل على وجه القضاء بأن قال له: إني لا آمن أن يأخذ منك الطالب حقه فأنا أقضيك المال قبل أن تؤديه. (ك)

(٣) الألف.

(٤) أي في الألف المدفوع.

(٥) الألف.

(٦) الكفيل.

(٧) قوله: "ما بقي هذا الاحتمال" أي ما لم يبطل هذا الاحتمال بأداء الأصيل بنفسه حق الطالب ليس له أن يسترده، لأن الدفع إذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه ما دام باقيًا، لئلا يكون سعيًا في نقض ما أوجبه. (ع)

(٨) قوله: "كمن عجل زكاته إلخ" تعلق بالمقبوض حق القابض على احتمال أن يتم الحول والنصاب كامل، فلم يجز استرداده شرعًا ما بقي هذا الاحتمال. (ف)

(٩) فليس له أن يسترده.

(١٠) قبل الحول.

(١١) هو الذي يتولى أخذ الزكاة.

(١٢) الألف.

(١٣) قوله: "على ما نذكر" يريد ما ذكره بعد سطر في تعليل طيب الربح للكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله: لأنه ملكه حين قبضه إلخ. (ف)

(١٤) قوله: "بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة" بأن قال المطلوب للكفيل: خذ هذا المال، وادفعه إلى الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكًا للكفيل بل هو أمانة في يده، فله الاسترداد، كذا قال أبو الليث. (ك)

(١٥) الألف.

(١٦) الألف والربح الحاصل من ملكه طيب. (ع)

(١٧) الألف.

إذا قبض الدين فظاهر[١]، وكذا[٢] إذا قضى المطلوب[٣] بنفسه، وثبت له حق الاسترداد[٤]، لأنه[٥] وجب له[٦] على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه، إلا[٧] أنه أخرت المطالبة[٨] إلى وقت الأداء[٩]، فنزل منزلة الدين المؤجل، ولهذا[١٠] لو أبرأ الكفيل المطلوب[١١] قبل أداءه[١٢] يصح[١٣]، فكذا إذا قبضه[١٤] يملكه[١٥]، إلا أن فيه نوع خبث نبينه[١٦]، فلا يعمل[١٧] مع الملك فيما لا يتعين[١٨]، وقد قررناه في

---

(١) أنه يملك الألف.

(٢) أي يملكه الكفيل.

(٣) أي الأصيل أدى الدين بنفسه.

(٤) من الكفيل.

(٥) قوله: "لأنه وجب إلخ" توجيهه أنه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل، وحينئذ لا منافاة بينه وبين ما تقدم أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، لأن بالنسبة إلى الطالب ليس على الكفيل، إلا المطالبة، وأما أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب، فلا ينافي ذلك، فيكون الواجب عند الكفالة، دينين وثلث مطالبات دين، ومطالبة حالين للطالب على الأصيل ومطالبة فقط على الكفيل. بناء على أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة ودين ومطالب للكفيل على الأصيل إلا أن المطالبة متأخرة إلى وقت الأداء، فيكون دين الكفيل مؤجلا، ولهذا ليس له أن يطالبه قبل الأداء، فإن قيل: فما معنى قوله: فنزل منزلة الدين المؤجل وهو مؤجل. قلنا: معناه فنزل هذا الدين المؤجل منزلة دين مؤجل لم يكن بالكفالة، وفي ذلك إذا قبضه معجلا ملكه، فكذا ههنا. (ع)

(٦) بمجرد الكفالة. (ف)

(٧) استثناء من قوله: لأنه وجب له على إلخ.

(٨) أي مطالبة الكفيل الأصيل.

(٩) أي أداء الكفيل.

(١٠) أي لأجل تنزيله منزلة الدين.

(١١) أي عن الدين.

(١٢) أي أداء الكفيل للطالب.

(١٣) فلا يرجع على الأصيل وإن أدى.

(١٤) الألف.

(١٥) الألف.

(١٦) قوله: "إلا [استثناء منقطع. ف] أن إلخ" لما كان يرد أن في هذا الربح الحاصل للكفيل بتصرف في المقبوض، وقد أدى الأصيل الدين نوع خبث، فينبغي أن يتصدق به، لأن حق المال الخبيث التصدق به، فقال: إلا أن فيه نوع خبث، أي على قول أبي حنيفة نبينه، أي في مسألة الكفالة بالكر، وهو قوله: في تعليل قول أبي حنيفة، وله أن تمكن الخبث مع الملك إما لأنه بسبيل من الاسترداد إلخ. وأما إذا قضاه الكفيل فلا خبث فيه أصلا في قولهم جميعًا، وإذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له في قول أبي حنيفة، ومحمد، لأنه من أصل خبيث في قول أبي يوسف يطيب، لأن الخراج بالضمان، وأصله المودع إذا تصرف في الوديعة ربح فيه فإنه على الاختلاف. (مل)

(١٧) الخبث.

البيوع[١]. ولو كانت الكفالة بكر حنطة، فقبضها[٢] الكفيل، فباعها، وربح فيها فالربح له في الحكم[٣]؛ لما بينا أنه ملكه[٤]، قال[٥]: وأحب إلى أن يرده[٦] على الذى قضاه الكر[٧]، ولا يجب[٨] عليه فى الحكم، وهذا[٩] عند أبى حنيفة رحمه الله فى رواية الجامع الصغير، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو[١٠] له، ولا يرده[١١] على الذى قضاه[١٢]، وهو[١٣] رواية عنه، وعنه[١٤] أنه يتصدق[١٥] به[١٦].

لهما: أنه ربح فى ملكه على الوجه الذى بيناه[١٧]، فيسلم[١٨] له.

وله: أنه تمكن الخبث مع الملك، إما لأنه[١٩] بسبيل من الاسترداد[٢٠] بأن يقضيه[٢١] بنفسه، أو لأنه[٢٢] رضى به[٢٣] على اعتبار قضاء[٢٤] الكفيل، فإذا قضاه[٢٥]

---

(١٨) وهو الألف التى قضاه إياها لأن الدراهم لا تتعين. (ف)

(١) فى آخر فصل أحكام البيع الفاسد. (ع)

(٢) أى من الأصيل قبل أن يؤدى إلى الطالب. (عناية)

(٣) أى القضاء. (ع)

(٤) أى ملك الكر. (ف)

(٥) أى أبو حنيفة. (عينى)

(٦) الربح.

(٧) أى الأصيل.

(٨) الرد.

(٩) قوله: "وهذا عند أبى حنيفة" ولا شك أن ضمير قال لأبى حنيفة، فقوله: وهذا عند أبى حنيفة فى رواية "الجامع الصغير" إنما ذكره ليمهد لنصب الخلاف بذكر قولهما حيث لم يصرح بفاعل قال. (ف)

(١٠) الربح.

(١١) ولا يتصدق به. (ع)

(١٢) أى الأصيل.

(١٣) أى قولهما رواية عن الإمام فى كتاب البيوع من الأصل.

(١٤) الإمام.

(١٥) وهذه رواية كتاب الكفالة من الأصل.

(١٦) الربح.

(١٧) إشارة إلى قوله: لأنه وجب له على المكفول عنه إلخ.

(١٨) الربح.

(١٩) أى الأصيل.

(٢٠) قوله: "بسبيل من الاسترداد" وإذا كان كذلك كان الربح حاصلا فى ملك متردد بين أن يقر، وأن لا يقر، ومثل ذلك قاصر، فإذا كان قاصراً تمكن فيه شبهة الخبث. (ع)

(٢١) الكر.

بنفسه لم يكن راضيا به، وهذا الخبث[١] يعمل فيما يتعين[٢]، فيكون سبيله[٣] التصدق في رواية، ويرده عليه[٤] في رواية، لأن الخبث لحقه[٥]، وهذا[٦] أصح[٧] لكنه استحباب[٨] لا جبر[٩]، لأن الحق له[١٠].

قال[١١]: ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريراً[١٢]، ففعل فالشراء للكفيل، والربح الذي ربحه البائع فهو عليه[١٣]، ومعناه[١٤]

---

(٢٢) قوله: "أو لأنه [أي الأصيل] رضي إلخ" الوجه أن يعطف بالواو، فإنهما وجهان، لا أن الوجه أحدهما. (ف)

(٢٣) أي يكون المدفوع ملكًا للكفيل. (ع)

(٢٤) الدين.

(٢٥) الأصيل.

(١) الذي مع الملك.

(٢) كغير النقود.

(٣) الربح.

(٤) أي على الأصيل.

(٥) أي لحق الأصيل لا لحق الشرع. (ف)

(٦) الرد.

(٧) من التصدق.

(٨) قوله: "لكنه استحباب" لأنه لو كان الملك صحيحًا من كل وجه لا يؤمر بالتصدق والرد لا إيجابًا ولا استحبابًا ولو انعدم الملك أصلا كان الربح خبيثا، فإن كان صحيحًا من وجه، فاسدًا من وجه أمرناه بالتصدق أو بالرد على المالك استحبابًا لا إيجابًا توفيراً على الشبهين حظهما، فإذا رده إلى المالك إن كان فقيراً طاب له، وإن كان غنيًا ففيه روايتان، والأشبه أنه يطيب له، لأنه إنما رد عليه باعتبار أنه حقه، وأما إذا أعطاه على وجه الرسالة، فتصرف فيه الوكيل وربح لم يطب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد، وطاب عند أبي يوسف لما عرف. (ك)

(٩) قوله: "لا جبر" واعلم أنه تقرر في هذه المسألة مقابلة الاستحباب بالحكم، فقال أولا: أحب أن يرده إلي، ولا يجب في الحكم، أي في القضاء، وثانيا أنه استحباب لا جبر، يعني لا يجبره الحاكم على ذلك، فإذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضي يكون المعنى لا يجبر القاضي، ولكن يفعله هو، ولا يلزم من عدم جبر القاضي عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى، وهو مستحب في القضاء، غير مجبور عليه. (ف)

(١٠) لأن الملك للكفيل. (ف)

(١١) أي محمد. (عيني)

(١٢) قوله: "فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريراً" أي يشتري له حريراً بطريق العينة، وهو أن يشتري له حريراً بثمن هو أكثر من قيمته ليبيعه بأقل من ذلك الثمن بغير البائع، فيشتريه البائع من ذلك الغير بالأقل الذي اشتراه به ويدفع ذلك الأقل إلى بائعه، فيدفعه بائعه إلى المشتري المديون، فيسلم الثوب للبائع كما كان، ويستفيد الزيادة على ذلك الأقل.
وإنما وسط الثاني تحرزاً عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، وأما تفسيره بأن يستقرض من تاجر إلخ، فلا يصح ههنا، إذ ليس المراد من قوله: تعين لي حريراً، اذهب فاستقرض، فإن لم يرض المسؤول أن يقرضك فاشتر منه الحرير بأكثر من قيمته بل المقصود اذهب فاشتر على هذا الوجه. (ف)

(١٣) كفيل لا على الأصيل. (ع)

الأمر ببيع العينة[١] مثل أن يستقرض من تاجر عشرة[٢]، فيتأبى[٣] عليه، ويبيع منه ثوبًا يساوى عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة فى نيل الزيادة[٤] ليبيعه[٥] المستقرض بعشرة، ويتحمل[٦] عليه خمسة سمى به[٧] لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين، وهو مكروه[٨] لما فيه[٩] من الإعراض عن مبرة[١٠] الإقراض مطاوعة[١١] لمذموم البخل[١٢]. ثم قيل: هذا ضمان[١٣] لما يخسر المشترى[١٤] نظرًا إلى قوله: علىّ[١٥]، وهو فاسد[١٦]، وليس بتوكيل[١٧]، وقيل: هو توكيل[١٨] فاسد[١٩]، لأن

---

(١٤) أى معنى قوله: فأمره الأصيل أن يتعين إلخ.

(١) قوله: "الأمر [أى أمره بأن يشترى عليه حريرًا ببيع العينة] ببيع العينة [أى يعامل إنسانًا بطريق العينة. ع]" أى النسيئة والعينة السلف، ويقال: باعه بعينة، أى نسيئة كذا فى "المغرب"، أى معنى قوله يتعين عليه حريرًا اشتر لى حريرًا بعينة، ثم بعه بالنقد بأقل منه، واقض دينى. (ك)

(٢) قوله: "مثل أن يستقرض إلخ" هذه صورة بيع العينة، فيقول له: أبيعك هذا الثوب، وقيمته عشرة باثنى عشر، لتبيعه فى السوق بعشرة، فيحصل لى ربح درهمين. (ك)

(٣) أى يمتنع التاجر من أن يقرضه.

(٤) أى طمعًا فى الفضل الذى لا يناله المقرض بالقرض.

(٥) الثوب.

(٦) مستقرض.

(٧) هذا البيع أى ببيع العينة.

(٨) قوله: "وهو [ببيع العينة] مكروه [اخترعه آكلة الربا. ك] إلخ" وكان الكره حصل من المجموع فإن الإعراض عن الإقراض ليس بمكروه والبخل الحاصل من طلب الربح فى التجارات كذلك، وإلا لكانت المرابحة مكروهة. (ع)

(٩) قوله: "لما فيه إلخ" وقال أبو يوسف: لا يكره هذا البيع، لأنه فعله كثير من الصحابة، وحمدوا ذلك، ولم يعدوه من الربا. وقال محمد: هذا البيع فى قلبى كأمثال الجبال ذميم، وقد ذمهم رسول الله ﷺ، فقال: إذا تبايعتم بالعين، واتبعتم أذناب البقرة ذللتم، وظهر عليكم عدوكم. (ف)

(١٠) نيكى.

(١١) فرمان بردارى كردن. (م)

(١٢) أى للبخل المذموم.

(١٣) قوله: "هذا [أى قوله: أن يتعين عليه إلخ] ضمان إلخ" ومعنى الضمان ههنا أن يقول المديون للضامن: اشتر لى ثوبًا لتبيعه فى السوق، فتقضى بثمنه الدين، فإن أمكنك أن تبيع الثوب بمثل ما ابتعته فبها ونعمت، وإن لم يكن لك إلا بالخسران فذلك علىّ. (ك)

(١٤) الكفيل.

(١٥) فإنه كلمة ضمان. (ع)

(١٦) قوله: "وهو فاسد" لأن الضمان والكفالة إنما يصح بما هو مضمون على الأصيل، والخسران ليس بمضمون على أحد، فلا يصح ضمانه كرجل قال لآخر: بع متاعك فى هذا السوق على أن كل وضيعة وخسران يصيبك فأنا ضامن بذلك. (ع)

(١٧) لأنه لم يقل: تعين لى بل قال يتعين علىّ وهى ليست بكلمة الوكالة.

الحرير غير متعين[١]، وكذا الثمن غير معلوم[٢] لجهالة ما زاد على الدين، وكيف ما كان[٣] فالشراء للمشتري[٤]، وهو الكفيل، والربح أي الزيادة عليه، لأنه العاقد.

قال[٥]: ومن كفل عن رجل بما ذاب[٦] له عليه، أو بما قضي له[٧] عليه، فغاب المكفول عنه فأقام المدعى البينة على الكفيل، بأن له على المكفول عنه ألف درهم لم يقبل بينته؛ لأن المكفول به مال مقضى به[٨]، وهذا في لفظة القضاء[٩] ظاهر، وكذا في الأخرى[١٠]، لأن معنى ذاب تقرر، وهو[١١] بالقضاء، أو مال يقضى به[١٢]، وهذا[١٣] ماض أريد به[١٤] المستأنف[١٥]، كقوله: أطال الله بقاءك، والدعوى[١٦] مطلقة[١٧] عن ذلك، فلا تصح.

ومن أقام البينة أن له على فلان كذا، وأن هذا كفيل عنه بأمره، فإنه يقضى به[١٨]

---

(١٨) لأنه أخرج الكلام مخرج الوكالة. (ك)

(١٩) قوله: "هو توكيل" نظراً إلى قوله: تعين يعني اشتره بعينة ثم بعه بالنقد بأقل منه، واقض ديني. (ع)

(١) فإنه أجناس مختلفة، ولم يعلم مقداره.

(٢) قوله: "وكذا الثمن غير معلوم" فإن قيل: الدين معلوم، والمأمور به هو مقداره، فكيف يكون الثمن مجهولا، أجاب بقوله: لجهالة ما زاد إلخ، فإنه داخل في الثمن. (ع)

(٣) أي سواء كان توكيلا، أو ضماناً.

(٤) لفساد الكفالة والوكالة. (ع)

(٥) أي محمد. (عيني)

(٦) أي وجب.

(٧) من الحق.

(٨) أي وقع القضاء به قبل الكفالة.

(٩) أي في قوله: بما قضي له إلخ.

(١٠) أي قوله: ما ذاب له.

(١١) أي التقرر.

(١٢) بعد الكفالة.

(١٣) أي قوله: ذاب أو قضى.

(١٤) قوله: "أريد به إلخ" وهذا لأنه جعل الذوب شرطا، والشرط لا بد من كونه مستقبلا على خطر الوجود، فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا. (ف)

(١٥) استئناف: از سر گرفتن چيزى را. (م)

(١٦) أي دعوى المدعى على الكفيل غير متعرض، بأن وجوب المال له على المكفول عنه بعد الكفالة أو قبلها.

(١٧) قوله: "مطلقة عن ذلك" فلا مطابقة بينهما لإطلاق الدعوى، وتقييد المكفول به حتى قيل: إن من ادعى على الكفيل أن قاضي بلدة كذا قضى على الأصيل بعد عقد الكفالة بألف درهم، وأقام على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة. (ع)

(١٨) أي بهذا المال.

على الكفيل، وعلى المكفول عنه[١]، وإن كانت الكفالة بغير أمره يقضى على الكفيل خاصة، وإنما تقبل[٢] لأن المكفول به[٣] مال مطلق[٤]، بخلاف[٥] ما تقدم[٦]، وإنما يختلف[٧] بالأمر وعدمه[٨]، لأنهما[٩] يتغايران، لأن الكفالة بأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء، وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء[١٠]، فبدعواه أحدهما[١١] لا يقضى له بالآخر[١٢]، وإذا قضى بها بالأمر ثبت[١٣] أمره، وهو يتضمن الإقرار بالمال، فيصير[١٤] مقضياً عليه. والكفالة بغير أمره لا تمس جانبه[١٥]، لأنه تعتمد صحتها[١٦] قيام الدين فى زعم[١٧] الكفيل[١٨]، فلا يتعدى[١٩] إليه[٢٠]، وفى الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما

---

(١) الغائب.

(٢) أى البينة من المدعى حتى يقضى بالمال على الكفيل.

(٣) فى هذه المسألة.

(٤) قوله: "مال مطلق" أى عن التوصيف بكونه مقضياً به، أو يقضى به، فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به، فصحت وقبلت البينة لإقامتها على دعوى صحيحة. (ع)

(٥) فإن الدعوى هناك مطلقة، والمكفول به مقيد، فلا تصح.

(٦) قوله: "ما تقدم" وهو ما إذا كفل عن رجل بما ذاب له، أو بما قضى له. (ك)

(٧) قوله: "وإنما يختلف" أى القضاء بالأمر وعدمه حتى يقع القضاء عليهما فى الأمر، فيرجع الكفيل، ولو حضر الغائب لا يحتاج إلى إقامة البينة عليه بالمال، لأنه قد قضى عليه به، وعلى الكفيل وحده إذا لم يكن أمر، فلا يرجع لأنهما إلخ. (ف)

(٨) قوله: "بالأمر وعدمه" أى إنما يختلف حكم القاضى بالأمر وعدمه مع أن القضاء على الغائب لا يجوز، فكان الواجب عدم التفرقة فى أن لا يكون الكفيل خصماً عن الأصيل بين أن يكون بأمر وبغيره. (ع)

(٩) أى الكفالة بأمر، والكفالة بغير الأمر.

(١٠) إذ لا رجوع فيه. (ك)

(١١) الكفالتين.

(١٢) قوله: "لا يقضى له بالآخر" لأن الحاكم إنما يقضى بالسبب الذى يدعيه المدعى، ألا ترى أنه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وإن كان حكمهما واحداً، وهو الملك. (ع)

(١٣) قوله: "ثبت أمره" أى أمر الأصيل، وهو الأمر بالكفالة بحجة كاملة، والأمر بالكفالة يتضمن الإقرار بالمال، لأنه لا يأمر الكفيل بأن يؤدى عنه إلا إذا كان مقراً بالمال. (عينى)

(١٤) الأصيل الغائب.

(١٥) الغائب.

(١٦) قوله: "لأنه تعتمد صحتها إلخ" حتى لو قال: لفلان على فلان ألف درهم، وأنا به كفيل وجب المال عليه وإن لم يجب على الأصيل شيء. (ع)

(١٧) لأن المرء يؤخذ بزعمه.

(١٨) لأنها لم تكن بأمره.

(١٩) الدين.

(٢٠) أى إلى الأصيل.

أدى على الآمر[١]. وقال زفر رحمه الله: لا يرجع[٢]، لأنه لما أنكر فقد ظلم[٣] في زعمه، فلا يظلم غيره[٤]، ونحن نقول: صار مكذبًا[٥] شرعًا[٦]، فبطل ما في زعمه. قال[٧]: ومن باع دارًا، وكفل رجل عنه[٨] بالدرك[٩] فهو تسليم[١٠]، لأن الكفالة لو كانت مشروطة في البيع[١١] فتمامه بقبوله[١٢]، ثم بالدعوى يسعى[١٣] في نقض ما تم من جهته[١٤]، وإن لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها[١٥] إحكام البيع، وترغيب المشتري فيه، إذ لا يرغب فيه دون الكفالة[١٦]، فنزل[١٧] منزلة الإقرار[١٨] بملك البائع[١٩].

---

(١) قوله: "يرجع إلخ" فلو كان الكفالة بالأمر عيانًا رجع الكفيل بما أدى على الأصيل، فكذا إذا ثبت بالبينة. (م)

(٢) الكفيل على الأصيل.

(٣) من الطالب.

(٤) الآمر.

(٥) قوله: "صار [لقيام البينة] مكذبًا إلخ" هذا كمن اشترى شيئًا وأقر أن البائع باع ملك نفسه، ثم جاء إنسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن، لأنه صار مكذبا شرعًا، والفرق لمحمد بين هذا وبين ما إذا اشترى عبدًا، ثم باعه ورد عليه بعيب بالبينة بعد ما أنكر العيب، وأراد أن يرده على بائعه لم يكن له ذلك مع أن القاضي لما قضى عليه بالرد بالعيب فقد كذبه في زعمه هو أن قوله: لا عيب فيه نفي العيب في الحال والماضي، والقاضي إنما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الأول، لأن قيام العيب عند البيع الأول ليس بشرط للرد على الثاني. (ك)

(٦) لأن القاضي لما قضى عليه فقد أكذبه.

(٧) أي محمد. (عيني)

(٨) البائع.

(٩) قوله: "بالدرك" قد بينا أن ضمان الدرك هو قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع. (ف)

(١٠) قوله: "فهو تسليم" أي تصديق من الكفيل بأن الدار ملك البائع، فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا يسمع دعواه. (عناية)

(١١) بأن باع بشرط أن يكتفل له. (ف)

(١٢) قوله: "فتمامه بقبوله [في المجلس. ك]" وهو شرط ملايم للعقد، إذ الدرك يثبت بلا شرط الكفالة فالشرط يزيده. (م)

(١٣) قوله: "يسعى إلخ" وهو باطل، ولهذا لو كان الكفيل شفيعًا بطلت شفعته، والمراد بالنقض ما يكون بغير رضاء الخصم، والإقالة ليست كذلك فهي فسخ لا نقض. (م)

(١٤) فلا يجوز.

(١٥) الكفالة.

(١٦) قوله: "إذ لا يرغب [أي يحتمل أن لا يرغب] إلخ" مخافة الاستحقاق، فتكفل تسكينًا لقلبه وصار كأنه قال: اشتر ولا تبال، فإنها ملك البائع، فإن أدركك درك فأنا ضامن. (م)

(١٧) عقد الكفالة. (ف)

(١٨) لأنه يؤول إليه معنى.

(١٩) وبعد الإقرار لا يسمع الدعوى.

قال[١]: ولو شهد[٢] وختم، ولم يكفل لم يكن تسليمًا[٣]، وهو على دعواه، لأن الشهادة لا تكون مشروطة فى البيع[٤]، ولا هى[٥] إقرارًا بالملك، لأن البيع مرة يوجد من المالك، وتارةً من غيره[٦]، ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة، بخلاف ما تقدم[٧]، قالوا[٨]: إذا كتب فى الصك[٩] باع وهو[١٠] يملكه، أو بيعًا باتًا[١١] نافذًا، وهو[١٢] كتب شهد بذلك، فهو تسليم[١٣]، إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين[١٤].

فصل في الضمان[١٥]

قال[١٦]: ومن باع لرجل[١٧] ثوبًا، وضمن له[١٨] الثمن، أو مضارب ضمن[١٩]

(١) أى محمد. (عينى)

(٢) قوله: "ولو شهد [شاهد على بيع الدار]" أى كتب شهادته فى صك الشرى، وختم على ذلك الصك، ثم ادعى الشاهد بعد ذلك أن الدار له يسمع دعواه، ولا يكون كتابة الشاهد على الصك وختمه تسليمًا وإقرارًا بأن المبيع ملك البائع.

وقوله: ختم، إشارة إلى عرف زمانهم فإن الرجل إذا كتب شهادته فى صك الشراء يختم فى آخره، حتى يكون ذلك علامة الكتابة، وصيانة عن التغيير والتبديل، ولم يبقَ ذلك العرف فى زماننا، والحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أو لا. (ك)

(٣) ويقبل شهادته لغيره أيضًا. (ع)

(٤) لعدم الملايمة. (ع)

(٥) الشهادة.

(٦) المالك.

(٧) من ضمان الدرك لأنه إقرار بملك البائع.

(٨) قوله: "قالوا إلخ" أى قال مشايخنا رحمهم الله الجواب المذكور فى كتابة الشهادة محمول على ما إذا كتب شهد فلان البيع، والشراء، وكتب جرى البيع بمشهدى، أو كتب أقرا بالبيع والشراء عندي، أما إذا كتب فى الشهادة ما يوجب صحة البيع ونفاذه، بأن كان فى صك البيع، انتهى. (ك)

(٩) نامه، وقباله معرب چك.

(١٠) الواو حالية.

(١١) بات منقطع ومنه بيع بات. (من)

(١٢) الشاهد.

(١٣) فلا يصح دعواه بعد ذلك. (ك)

(١٤) فإنه ليس بتسليم.

(١٥) الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسائل مسائل "الجامع الصغير" وذكرت فيها بلفظ الضمان، أوردها مترجمة بذلك. (ف)

(١٦) أى محمد. (عينى)

(١٧) قوله: "لرجل [أى لأجل رجل]" اللام فى لرجل لام الملك، أى باع ثوبًا هو لرجل بطريق الوكالة عنه فى بيعه، فضمن الوكيل له، أى للرجل المالك الثمن، أو المضارب إلخ. (ف)

(١٨) أى لذلك الرجل.

ثمن متاع رب المال، فالضمان باطل؛ لأن الكفالة التزام المطالبة[١]، وهى[٢] إليهما[٣]، فيصير كل واحد منهما ضامنًا لنفسه[٤]، ولأن المال أمانة[٥] فى أيديهما[٦]، والضمان تغيير لحكم الشرع[٧]، فيرد عليه[٨] كاشتراطه[٩] على المودع والمستعير. وكذا[١٠] رجلان باعا عبداً صفقة واحدة، وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن، لأنه لو صح الضمان[١١] مع الشركة[١٢] يصير ضامنًا لنفسه[١٣]، ولو صح فى نصيب صاحبه خاصة[١٤] يؤدى[١٥] إلى قسمة الدين[١٦] قبل قبضه، ولا يجوز[١٧] ذلك، بخلاف[١٨] ما إذا باعا[١٩] بصفقتين، لأنه لا شركة، ألا ترى أن للمشترى أن

---

(١٩) لرب المال بعد بيع شىء من المتاع.

(١) وهو الضمان.

(٢) قوله: وهى إليهما" أى الوكيل والمضارب، لأن حق القبض للوكيل بجهة الأصالة فى البيع على ما هو الأصل أن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل حتى لو حلف المشترى ماللموكل عليه شىء كان باراً فى يمينه، ولو حلف ما للوكيل عليه شىء كان حانثًا، وكذا المضارب. (عناية)

(٣) أى البائع والمضارب.

(٤) قوله: "ضامنًا لنفسه [وهو لا يجوز]" ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة، فإنه أمر اعتبارى لا يظهر عند الخصومة. (عناية)

(٥) والأمين لا يكون ضامنًا.

(٦) أى البائع والوكيل والمضارب.

(٧) وليس للعبد ذلك.

(٨) أى على كل واحد منهما.

(٩) الضمان، فإنه لا ضمان عليهما شرعًا، فاشتراطه يكون تغييراً للمشروع، فلا يجوز.

(١٠) أى لا يصح الضمان.

(١١) لحصته من الثمن شائعًا. (ع)

(١٢) إذ ما من جزء من الثمن إلا وهو مشترك بينهما.

(١٣) وقد تقدم فساده. (عناية)

(١٤) أى مفرزًا. (ع)

(١٥) قوله: "يؤدى إلخ" فى "الفوائد الظهيرية": لا معنى للقول بأن فيه قسمة الدين قبل القبض لانعقاد الإجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه يجوز، وليس فيه معنى قسمة الدين، فكذا إذا ضمن أحدهما بنصيب شريكه. ويجاب عنه بأنه إنما لم يلزم القسمة فيه، لأن ما اشترى نصيبه وقع على الشركة، ولهذا كان للآخر أن يشاركه. (مل)

(١٦) حيث امتاز نصيب أحدهما.

(١٧) قوله: "ولا يجوز ذلك" لأن القسمة إفراز، وذلك إما أن يكون حسًا، أو بوصف مميز، وكلاهما فى ما فى ذمة من الدين غير متصور. (ع)

(١٨) قوله: "بخلاف ما إذا باعا بصفقتين" بأن باع كل واحد منهما نصفه بعقد على حدة، ثم ضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن صح الضمان، لأن الصفقة إذا تعددت فما وجب لكل واحد منهما بعقده يكون له خاصة بلا شركة. (ك)

يقبل نصيب أحدهما[(١)]، ويقبض إذا نقد ثمن حصته وإن قبل الكل.

قال[(٢)]: ومن ضمن عن آخر خراجه، ونوائبه[(٣)]، وقسمته[(٤)] فهو جائز، أما الخراج فقد ذكرناه[(٥)]، وهو يخالف الزكاة، لأنها مجرد فعل[(٦)]، ولهذا[(٧)] لا تؤدى بعد موته[(٨)] من تركته إلا بوصية، وأما النوائب، فإن أريد بها ما يكون بحق، ككرى النهر المشترك[(٩)]، وأجر الحارس[(١٠)]، والموظف[(١١)] لتجهيز الجيش، وفداء الأسارى[(١٢)] وغيرها، جازت[(١٣)] الكفالة بها على الاتفاق، وإن أريد بها ما ليس

---

(١٩) عبداً.

(١) ويرد الآخر.

(٢) أي محمد. (عينى)

(٣) نائبه مصيبت وكار دشوار نوائب جمع. (من)

(٤) قوله: "وقسمته" قد ذكر عند أبى بكر بن سعيد أنه قال: وقع هذا الحرف غلطا، لأن القسمة مصدر، والمصدر فعل، وهذا الفعل غير مضمون. وأجيب بأن القسمة قد تجيء بمعنى النصيب، قال الله تعالى: ﴿ونبئهم أن الماء قسمة بينهم﴾، والمراد النصيب. وكان الفقيه أبو جعفر الهندوانى يقول: معناها أن أحد الشريكين إذا طلب القسمة من صاحبه، وامتنع الآخر عن ذلك فضمن إنسان ليقوم مقامه فى القسمة جاز ذلك لأن القسمة واجبة عليه. (ع)

(٥) قوله: "فقد ذكرناه [قبل هذا الفصل. ف]" وهو قوله: والرهن والكفالة جائزان فى الخراج، لأنه دين مطالب به ممكن الاستيفاء. ثم قيل: المراد من الخراج الذى تصح الكفالة عنه الخراج الموظف، وهو الذى يجب فى الذمة بأن يوظف الإمام كل سنة على مال على ما يراه الإمام لا المقاسمة، وهى التى يقسم الإمام ما يخرج من الأرض، فإنها غير واجبة فى الذمة، فلم يكن فى معنى الدين. (ك)

(٦) قوله: "لأنها [أى الزكاة] مجرد فعل" فإن الواجب فى الزكاة فعل، وهو عبادة، أى تمليك المال من غير أن يكون بدلا عن شيء، والمال محل لإقامة هذا الواجب، والمال غير مضمون على من عليه الزكاة، فإنه لو هلك لا يضمن شيئا، والكفالة لا تصح بالعبادة، ولا بالأعيان الغير المضمونة، وليست الزكاة دينًا، لأن الدين الثابت فى الذمة اسم لمال وجب فى الذمة بكونه بدلا عن مال أتلفه، أو قرض اقترضه، أو بيع عقد بيعه، أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة، وهو المهر، أو استئجار عين، والزكاة ليست كذلك. بخلاف الخراج لأنه يجب حقًا للمقاتلة بدلا عن الذات عن حريم الدين، والمحاماة عن بيضة الإسلام، فكان بمنزلة الأجرة، والكفالة بالأجرة صحيحة، فكذلك بالخراج. (مل)

(٧) أى لأجل كون الزكاة مجرد فعل.

(٨) أى موت من عليه الزكاة.

(٩) قوله: "ككرى النهر المشترك [الكرى الحفر. غاية البيان]" نحو أن يقضى القاضى بكرى نهر مشترك بينه وبين غيره شركة خاصة، فأبى واحد منهم من الكرى، وأنفق شريكه بأمر القاضى يصير حصة الآبى دينًا فى ذمته، فتصح الكفالة بها لأنه كفل بما هو مضمون على الأصيل. وكذا أجرة الحارس بين قوم مضمونة يصح الضمان بها، وكذا ما وظف الإمام على الناس عند الحاجة إلى تجهيز الجيش لقتال المشركين، وقد خلا بيت المال عن المال، أو يحتاج إلى فداء أسارى المسلمين، فوظف على الناس مالا لأجل ذلك، فهو واجب مضمون تصح الكفالة به. (ع)

(١٠) للمحلة. (ع)

(١١) أى المقرر من جهة الإمام عند خلو بيت المال، توظيف روز مره كردن بركسى. (من)

(١٢) أى تخليصهم من الأسر جمع أسير مقيد ومحبوس من أيدى الكفار.

بحق[١] كالجبايات[٢] في زماننا[٣]، ففيه[٤] اختلاف المشايخ رحمهم الله، وممن يميل[٥] إلى الصحة[٦] الإمام علي البزدوي[٧]، وأما القسمة فقد قيل: هي النوائب بعينها[٨]، أو حصة منها[٩]، والرواية باد[١٠]، وقيل[١١]: هي النائبة الموظفة[١٢] الراتبة[١٣]، والمراد بالنوائب ما ينوبه[١٤] غير راتب[١٥]، والحكم ما بيناه[١٦].

ومن قال لآخر: لك علي مائة إلي شهر، وقال المقر له: هي حالة، فالقول قول المدعي[١٧]، ومن قال: ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر، وقال المقر له: هي حالة، فالقول قول الضامن[١٨].

---

(١٣) قوله: "ازت الكفالة" لأنها واجبة على كل مسلم موسر بإيجاب طاعة أولى الأمر فيما فيه مصلحة المسلمين. (ف)

(١) بل هو ظلم.

(٢) قوله: "كالجبايات" الموظفة على الناس في زماننا ببلاد فارس على الخياط والصباغ، وغيرهم للسلطان في كل يوم، أو شهر، أو ثلاثة أشهر، فإنها ظلم. (ف)

(٣) وهي التي تأخذها الظلمة في زماننا ظلمًا. (ع)

(٤) قوله: "ففيه اختلاف المشايخ" قال بعضهم: لا يصح الضمان بها، لأن الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الأصيل شرعًا، ولا شيء عليه شرعًا ههنا. (ع)

(٥) قوله: "وممن يميل إلى الصحة إلخ" لأنها ديون في حكم توجه المطالبة بها، والعبرة في الكفالة للمطالبة بحق، أو بباطل، لأنها شرعت لالتزامها، ولهذا قلنا: إن من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط كان مأجورًا، وإن كان أصله من جهة الذي يأخذ باطلا. (ع)

(٦) أي صحة الكفالة بها.

(٧) هو فخر الإسلام.

(٨) فحينئذ يكون الرواية بالواو. (ك)

(٩) قوله: "أو حصة منها" يعني إذا قسم الإمام ما ينوب العامة نحو مؤنة كرى الأنهار المشتركة، فأصاب واحدًا شيء من ذلك، فيجب أداؤه، فكفل به رجل صحت الكفالة به بالإجماع. (ع)

(١٠) قوله: "والرواية باد" إشارة إلى أن الرواية باد على تقدير أن يكون القسمة حصة من النوائب، وأما إذا كانت هي النائبة بعينها فهو محل الواو للبيان من باب العطف للتفسير. (ع)

(١١) قوله: "وقيل هي النائبة إلخ" وقيل: أراد بالقسمة أجرة الكيال الذي يقسم الغلة إذا كان الخراج مقاسمة. (ك)

(١٢) هي المقاطعات الديوانية في كل شهر، أو ثلاثة أشهر. (ك)

(١٣) ثابتة دائمة وقرار گرفته. (م)

(١٤) نوب آمدن كارى. (من)

(١٥) بل يلحقه أحيانًا. (ك)

(١٦) قوله: "والحكم ما بيناه" وهو جواز الكفالة فيما إذا كانت بحق بالاتفاق، ولو كانت بغير حق ففي صحة الكفالة بها اختلاف المشايخ. (ك)

(١٧) أي المقر مع اليمين.

(١٨) مع اليمين.

ووجه الفرق[١] أن المقر أقر بالدين، ثم ادعى حقًا[٢] لنفسه[٣]، وهو تأخير المطالبة إلى أجل، وفى الكفالة ما أقر[٤] بالدين، لأنه لا دين عليه[٥] فى الصحيح[٦]، إنما أقر[٧] بمجرد المطالبة بعد الشهر.

ولأن[٨] الأجل فى الديون عارض، حتى لا يثبت إلا بشرط[٩]، فكان القول قول من أنكر الشرط[١٠]، كما فى الخيار[١١]، أما الأجل فى الكفالة فنوع[١٢] منها[١٣]، حتى يثبت من غير شرط، بأن كان[١٤] مؤجلا على الأصيل.

والشافعى رحمه الله ألحق الثانى بالأول، وأبو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه ألحق الأول بالثانى[١٥]، والفرق أوضحناه[١٦].

---

(١) بين المسألتين. (ف)

(٢) قوله: "ثم ادعى حقًا إلخ" فكان ثمة إقرار على نفسه، ودعوى على غيره، فالأول مقبول، والثانى يحتاج إلى برهان، فإذا عجز عنه كان القول للمنكر. ولقائل أن يقول: أقر فى الكفالة بالمطالبة مدعيا حقًا لنفسه وهو تأخيرها إلى أجل، فكان ثمة إقرار، ودعوى إلى آخر ما ذكرتم، فلا يتم الفرق. والجواب أن المصنف ذكر الفرق الأول اقناعيا جدليا لدفع الخصم فى المجلس، وذكر الثانى لمن له زيادة استبصار، وهو قوله: ولأن الأجل إلخ. (ع)

(٣) والآخر ينكره.

(٤) الكفيل.

(٥) أى على الكفيل.

(٦) قوله: "فى الصحيح" احتراز عن القول الآخر بأنه يجب للطالب على الكفيل دين أيضًا. (ك)

(٧) قوله: "إنما أقر إلخ" والمكفول له يدعى حق المطالبة لنفسه فى الحال، والضامن ينكر ذلك القول، فالقول للمنكر. (عينى)

(٨) بيان فرق آخر.

(٩) قوله: "إلا بشرط" فإن ثمن البياعات والمهور، وقيم المتلفات حالة لا يثبت الأجل فيها إلا بالشرط. (ع)

(١٠) مع اليمين. (ك)

(١١) قوله: "كما فى الخيار" إذا ادعى أحد المتعاقدين خيار الشرط، وينكره الآخر فالقول لمنكر الشرط مع اليمين. (عينى)

(١٢) قوله: "فنوع منها" أى منوع كالناطق المنوع لبعض الحيوان، فكان إقراره بنوع من الكفالة، فلا يحكم بغيره، فكان القول قوله. (عناية)

(١٣) من الكفالة.

(١٤) الدين.

(١٥) قوله: "والشافعى رحمه الله ألحق الثانى بالأول، وأبو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه [وهو رواية ابن رستم عنه. ف] ألحق الأول بالثانى" هكذا وقع فى عامة النسخ، وهذا ليس بصحيح بل الصحيح عكسه، وهو أن يقال: والشافعى ألحق الأول بالثانى، وأبو يوسف فيما يروى عنه ألحق الثانى بالأول، وذلك لأن عند الشافعى رحمه الله القول قول المقر فى الفصلين جميعًا، فكان الإقرار بالدين، وهو المذكور أولا فى الرواية ملحقًا بالثانى، وهو الإقرار بالكفالة، وذلك إنما يستفاد فيما قلنا. ومذهب أبى يوسف فيما يروى عنه على عكسه، وحجة الشافعى رحمه الله أن الدين نوعان حال ومؤجل، فإذا أقر بالمؤجل، فقد أقر بأحد نوعى الدين فالقول قوله، وحجة أبى يوسف أنهما تصادقا على وجوب

قال[١]: ومن اشترى جارية، فكفل له رجل بالدرك[٢]، فاستحقت لم يأخذ[٣] الكفيل[٤]، حتى يقضى له بالثمن على البائع؛ لأن بمجرد الاستحقاق[٥] لا ينتقض[٦] البيع[٧] على ظاهر الرواية[٨] ما لم يقض له بالثمن على البائع، فلم يجب له على الأصيل[٩] رد الثمن، فلا يجب[١٠] على الكفيل، بخلاف القضاء[١١] بالحرية[١٢]، لأن البيع يبطل بها[١٣] لعدم المحلية[١٤]، فيرجع[١٥] على البائع والكفيل[١٦]. وعن أبي يوسف رحمه الله[١٧] أنه يبطل[١٨] البيع بالاستحقاق[١٩]، فعلى قياس قوله: يرجع[٢٠] بمجرد الاستحقاق، وموضعه[٢١] أوائل الزيادات في ترتيب

المال، ثم ادعى أحدهما الأجل على صاحبه، فلا يصدق فيه إلا بحجة، ألا ترى أنه لو أقر بالكفالة على أنه بالخيار جاز إقراره بالكفالة، ودعواه الخيار لما قلنا، فكذا دعوى الأجل. (ك)

(١٦) بقوله: وجه الفرق إلخ.

(١) أي محمد. (عيني)

(٢) هو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق. (ع)

(٣) قوله: "لم يأخذ الكفيل إلخ" لأن احتمال إجازة المستحق للبيع القائم ثابت، فما بقى هذا الاحتمال يبقى الملك، بخلاف ما إذا قضى على البائع برد الثمن لارتفاعه حينئذ. (ف)

(٤) وهو الصحيح. (ك)

(٥) أي القضاء بالاستحقاق.

(٦) لأن احتمال إجازة المستحق البيع ثابت.

(٧) قوله: "لا ينتقض إلخ" فلو كان الثمن عبداً، فأعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضى للمستحق نفذ إعتاقه. (ع)

(٨) لأن الاستحقاق لا ينفى ابتداء البيع، فأولى أن لا ينفى البقاء. (ك)

(٩) البائع.

(١٠) الرد.

(١١) قوله: "بخلاف إلخ" يعنى فإن قيل إذا قضى القاضى بالحرية فبمجرد القضاء بها يثبت للمشترى حق الرجوع، فما الفرق بينها وبين الاستحقاق، فأجاب عنه المصنف بقوله: بخلاف إلخ. (ع)

(١٢) حيث ينتقض البيع بمجرد القضاء بها.

(١٣) بالحرية.

(١٤) للبيع.

(١٥) المشترى.

(١٦) إن شاء.

(١٧) فى رواية الأمالى.

(١٨) قوله: "يبطل البيع إلخ" فيأخذ الكفيل قبل أن يقضى على البائع بالثمن، لأن الضمان توجه على البائع، ووجب للمشترى مطالبته، فكذلك على الكفيل. (ف)

(١٩) قبل أن يقضى على البائع بالثمن.

(٢٠) على الكفيل.

الأصل[١]. ومن اشترى عبدًا، فضمن له رجل بالعهدة، فالضمان باطل[٢]؛ لأن هذه اللفظة[٣] مشتبهة[٤] قد تقع[٥] على الصك القديم، وهو ملك البائع، فلا يصح[٦] ضمانه، وقد تقع على العقد، وعلى حقوقه، وعلى الدرك، وعلى الخيار، ولكل ذلك وجه[٧]، فتعذر العمل بها[٨]، بخلاف الدرك[٩]، لأنه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفًا.

ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله، لأنه[١٠] عبارة عن تخليص المبيع[١١]، وتسليمه[١٢] لا محالة[١٣]، وهو[١٤] غير قادر عليه، وعندهما هو[١٥] بمنزلة الدرك، وهو تسليم[١٦] المبيع، أو قيمته[١٧]، فيصح[١٨].

---

(٢١) أي الاستحقاق. (ف)

(١) قوله: "في ترتيب الأصل" أي في ترتيب محمد رحمه الله، فإنه افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون مخالفًا لترتيب سائر الكتب تبركًا بما أملى به أبو يوسف، فإن محمدًا أخذ ما أملى به أبو يوسف بابا، وجعله أصلا، وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الأبواب، وكان أصل الكتاب من تصنيف أبي يوسف، وزيادته من تصنيف محمد رحمه الله ولذلك سماه كتاب الزيادات، وكان ابتداء إملاء أبي يوسف رحمه الله في هذا الكتاب من باب المأذون، ولم يغيره محمد تبركًا، ثم رتبه أبو عبد الله الزعفراني تلميذ محمد بن الحسن على هذا الترتيب الذي هو عليه اليوم. (عناية)

(٢) بالاتفاق. (ك)

(٣) أي لفظة العهدة.

(٤) أي في المراد لاشتراكها، فلا يجب العمل به قبل البيان.

(٥) قوله: "قد تقع على الصك القديم" لأنه وثيقة بمنزلة كتاب العهد، وقد تقع على العقد، لأن العهدة من العهد كالعقدة من العقد، والعقد والعهد واحد، وعلى حقوقه لأنها من ثمرات العقد، وقد تطلق على خيار الشرط كما جاء في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة أيام، أي خيار الشرط. (كفاية)

(٦) لأنه غير مضمون عليه، أي البائع، وما ليس بمضمون على الأصيل لا يصح الكفالة. (ع)

(٧) يجوز الحمل به عليه.

(٨) فيبطل الضمان للجهالة قبل البيان.

(٩) فإن ضمانه يصح.

(١٠) أي زمان الخلاص.

(١١) عن الاستحقاق.

(١٢) إلى المشتري.

(١٣) أي على كل حال، وبأي طريق كان.

(١٤) قوله: "وهو غير قادر عليه" لأنه إن ظهر مستحقًا فربما لا يساعده المستحق، أو حرًا، فلا يقدر مطلقًا، والتزام ما لا يقدر على الوفاء به باطل. (ع)

(١٥) أي ضمان الخلاص.

(١٦) إن قدر عليه.

(١٧) إن عجز عن تسليم المبيع.

باب كفالة الرجلين[١]

وإذا[٢] كان الدين على اثنين، وكل واحد منهما كفيل[٣] عن صاحبه كما إذا اشتريا عبدًا بألف درهم، وكفل[٤] كل واحد منهما، عن صاحبه، فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف، فيرجع بالزيادة؛ لأن كل واحد منهما في النصف أصيل، وفي النصف الآخر كفيل، ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة، وبحق الكفالة، لأن الأول[٥] دين، والثاني[٦] مطالبة، ثم[٧] هو[٨] تابع للأول[٩]، فيقع[١٠] عن الأول[١١]، وفي الزيادة[١٢] لا معارضة[١٣]، فيقع عن الكفالة[١٤]، ولأنه[١٥] لو وقع في النصف عن صاحبه، فيرجع عليه[١٦]، فلصاحبه[١٧]

---

(١٨) قوله: "أي قيمته" في كلام المصنف نظر، لأن الواجب عند العجز عن تسليم المبيع إنما هو الثمن لا القيمة، وهو مدفوع بأن المراد بالقيمة الثمن مجازًا، وبلاغة التركيب باستعمال المجاز مما لا يلتبس فضله. (ع)

(١) قوله: "كفالة الرجلين" لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين، لما أن الاثنين بعد الواحد طبعًا، فأخر وضعًا ليناسب الوضع الطبع. (ع)

(٢) هذا لفظ القدوري. (عيني)

(٣) لرب الدين.

(٤) للبائع.

(٥) أي ما بحق الأصالة.

(٦) أي ما بحق الكفالة.

(٧) قوله: "ثم هو" أي الثاني، وهو المطالبة تابع للدين، لأن المطالبة بالدين مبنية على وجود الدين، لأن المطالبة بالدين، ولا دين محال. (ك)

(٨) الثاني.

(٩) قوله: "تابع للأول" لا يقال: هذا يقتضي على قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة لكون المؤدى منهما كما هو قول طائفة من مشايخنا، لأنا نقول الحكم عندنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا، فإن الدين الثابت عليه بطريق الكفالة ليس بقوة الكائن عليه بطريق الأصالة. (ف)

(١٠) قوله: "فيقع [أي النصف] عن الأول" صرفًا إلى أقوى ما عليه، كما لو اشترى ثوبًا وعشرة دراهم بعشرين درهما، فنقد في المجلس عشرة جعل النقود ثمن الصرف، لأن الواجب أقوى لحاجته إلى القبض في المجلس. (ع)

(١١) الدين.

(١٢) قوله: "وفي الزيادة [على النصف] لا معارضة" أي من كل وجه، وفي النصف أيضًا لم يكن معارضة حقيقة، ولكنه كانت معارضة صورة، ولا دور أيضًا، لأن المؤدى لما نوى عما كان عليه بطريق الأصالة برئ صاحبه عن الكفالة، فإذا جعل المؤدى الزيادة عن صاحبه لا يكون لصاحبه أن يجعل الزيادة عن المؤدى. (ك)

(١٣) إذ لم يكن عليه في الزيادة بحق الأصالة شيء.

(١٤) فيرجع بالزائد.

(١٥) قوله: "ولأنه إلخ" دليل آخر على ذلك، أورده بقياس الخلف، فإنه جعل نقيض المدعى، وهو الرجوع على صاحبه مستلزما لمحال، وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم المدور. (ع)

أن يرجع، لأن[١] أداء نائبه كأداءه، فيؤدي إلى الدور[٢].

وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه قليلا كان[٣] أو كثيراً.

ومعنى المسألة في الصحيح[٤] أن يكون الكفالة بالكل عن الأصيل، وبالكل عن الشريك، والمطالبة[٥] متعددة[٦]، فيجتمع[٧] الكفالتان[٨] على ما مر[٩]، وموجبها[١٠] التزام المطالبة[١١]، فتصح الكفالة عن الكفيل، كما تصح الكفالة عن

(١٦) أي على صاحبه.

(١٧) قوله: فلصاحبه إلخ" لأنه لو جعل شيء من المؤدى من صاحبه، فلصاحبه أن يقول أداؤك كأدائي، فإن جعلت شيئًا من المؤدى عني، ورجعت على بذلك، فلي أن أجعل المؤدى عنك كما لو أديت بنفسي، فيفضي إلى الدور. (ك)

(١) قوله: "لأن أداء إلخ" تقريره أن صاحب المؤدى يقول له: أنت أديت عني بأمري، فيكون ذلك كأدائي، ولو أديت بنفسي حقيقة رجعت عليك، فكذا ههنا، بخلاف الزيادة على النصف، فإنه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه أن يرجع عليه، إذ ليس على شريكه بحكم الأصالة إلا النصف، فيفيد الرجوع. (عيني)

(٢) قوله: "فيؤدي إلى الدور [فلم يكن في الرجوع فائدة]" واعلم أنه ليس المراد حقيقة الدور، فإنه توقف الشيء على ما يتوقف عليه، ورجوع المؤدى ليس متوقفًا على رجوع صاحبه بل إذا رجع للآخر أن يرجع، فاللازم في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما، فيمتنع الرجوع.

والحق أن هذا الوجه باطل، فإن رجوع المؤدى عنه لا يمكن أن يسوغه شرعًا، لأنه يؤدي إلى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدى بمثل ما أدى على الطالب، وهو نقيض ما يقطع به من الشرع من أن المؤدى هو الذي يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى، وكيف يكون أداء الإنسان عن غيره سببًا لأن يرجع عليه ذلك الغير، وهذا مجازفة عظيمة. (ف)

(٣) المؤدى. (ع)

(٤) قوله: "ومعنى المسألة إلخ" يريد أن معنى ما قال في الكتاب: وإذا كفل رجلان عن رجل بمال كفل كل واحد منهما عن الأصيل بالكل، وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بالكل أيضًا، وإنما قال: في الصحيح لأنهما لو كفلا بألف كان الألف منقسما عليهما نصفين. ثم إذا كفل أحدهما عن صاحبه فأدى أحدهما نصف المال فإنه لا يرجع على الآخر حتى يزيد المؤدى على النصف، لأن جهة الضمان قد اختلفت، لأن نصف المال كان واجبًا عليه بحكم ضمانه بغير واسطة، والنصف الآخر كان واجبًا عليه بحكم الكفالة الثانية، فنزل هذا منزلة المسألة الأولى. (ك)

(٥) قوله: "والمطالبة متعددة" يعني إنما يكون كل واحد منهما كفيلا عن الأصيل، وكفيل عن صاحبه لأن موجب الكفالة التزام المطالبة، وهي متعددة، مطالبة على الأصيل ومطالبة على الكفيل، وقد التزمها كل واحد منهما، فيجتمع الكفالتان على كل واحد منهما. (ك)

(٦) قوله: "متعددة" لأن كل واحد من الكفيلين مطالب بالكل من جهة الأصيل، ومطالب بالكل أيضًا من جهة الكفيل. (عيني)

(٧) أي على كل واحد من الكفيلين.

(٨) كفالة عن الأصيل، وكفالة عن الكفيل. (ع)

(٩) قوله: "على ما مر" إشارة إلى ما مر من قوله: لأن موجبه التزام المطالبة وهي متعددة في تعليل قوله: من أخذ من رجل كفيلا بنفسه، ثم ذهب، فأخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان. (ك)

(١٠) الكفالة.

(١١) على الكفيل.

الأصيل، وكما تصح[١] الحوالة من المحتال عليه.

وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعًا عنهما، إذ الكل كفالة، فلا ترجيح للبعض على البعض، بخلاف[٢] ما تقدم[٣]، فيرجع على شريكه بنصفه[٤]، ولا يؤدى إلى الدور[٥]، لأن قضيته[٦] الاستواء، وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى، فلا ينقض برجوع الآخر عليه[٧]، بخلاف[٨] ما تقدم، ثم يرجعان[٩] على الأصيل، لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه، والآخر بنائبه، وإن شاء[١٠] رجع بالجميع[١١] على المفكول عنه؛ لأنه كفل بجميع المال عنه بأمره.

قال[١٢]: وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع[١٣]، لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل، فبقى المال كله على الأصيل، والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه[١٤]، ولهذا يأخذه[١٥] به[١٦].

قال[١٧]: وإذا افترق[١٨] المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا

---

(١) قوله: "وكما تصح إلخ" أى حوالة المحتال عليه بما التزم على آخر يصح، فكذا فى الكفالة. (ك)

(٢) قوله: "بخلاف ما تقدم" أى فى المسألة الأولى حيث لا يرجع على صاحبه ما لم يزد على النصف، لأن أداء النصف كان بحق الأصالة والنصف الآخر بحق الكفالة. (عينى)

(٣) فإن الأصالة بالنصف راجحة. (ع)

(٤) أى إذا وقع شائعًا فيرجع إلخ.

(٥) لأنه إذا رجع أحدهما على صاحبه بنصف ما أدى ليس للآخر أن يرجع عليه، لأن إلخ. (ك)

(٦) قوله: "لأن قضيته" أى قضية عقد الكفالة الاستواء لاستوائهما فى العلة، وهى ضمان الكفالة، فلما كان كذلك كان لمن أدى ولاية الرجوع على صاحبه بنصف ما أدى لأنه مستو لصاحبه فى الالتزام بجهة واحدة، فوجب أن يستويا فى الغرم لسببه. (عينى)

(٧) أى لو رجع الشريك عليه لا يبقى المساواة.

(٨) قوله: "بخلاف ما تقدم" فإن هناك كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشراء نفسه، ونصف المال بكفالته عن شريكه، وجعل المؤدى عن الكفالة يؤدى إلى الدور. (ن)

(٩) ولو لم يكن كل واحد منهما كفيلا عن الأصيل كان الرجوع عليه لمن كفل عنه لا لهما. (ع)

(١٠) أى من أدى منهما. (ع)

(١١) قوله: "بالجميع" ولو كان أحدهما كفيلا عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الأصيل. (ع)

(١٢) قوله: "قال" قيل: الظاهر أن قائله محمد، قلت: الظاهر أن قائله المصنف، لأن المسألة لم يذكرها إلا شراح "الجامع الصغير". (عينى)

(١٣) أى بجميع الدين.

(١٤) إشارة إلى قوله: ومعنى المسألة فى الصحيح إلخ. (ك)

(١٥) الكفيل.

(١٦) أى بكل المال.

بجميع الدين، لأن كل واحد منهما كفيل[١] عن صاحبه على ما عرف في الشركة.
ولا يرجع[٢] أحدهما على صاحبه حتى يؤدى أكثر من النصف لما مر[٣] من الوجهين في كفالة الرجلين. قال[٤]: وإذا كوتب العبدان كتابة[٥] واحدة، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه، ووجهه أن هذا العقد[٦] جائز[٧] استحسانًا[٨]، وطريقه[٩] أن يجعل[١٠] كل واحد منهما[١١] أصيلا في حق وجوب الألف عليه، فيكون عتقهما معلقًا بأداءه[١٢]، ويجعل[١٣] كفيلا بالألف في حق صاحبه[١٤]، وسنذكره في المكاتب[١٥] إن شاء الله

---

(١٧) أي محمد. (عيني)

(١٨) قوله: "وإذا افترق المتفاوضان إلخ" المفاوضة شركة متساويين مالا، وحرية، وعقلا، ودينًا، وتتضمن الوكالة والكفالة، فكل كفيل الآخر ووكيله، ولما كان كل واحد منهما يفوض التصرف إلى صاحبه على الإطلاق سميت مفاوضة مشتقة من التفويض، كذا قال العلى القارى في "شرح النقاية". (مل)

(١) فإن الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق، فلا تبطل بالافتراق. (ع)

(٢) قوله: "ولا يرجع" أي إذا طلبوا أحدهما، وأخذوا الدين منه ليس له أن يرجع على صاحبه إلخ. (ع)

(٣) قوله: "لما مر من الوجهين" في كفالة الرجلين، وهي مسألة أول الباب، حيث قال: ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وما عليه بحق الكفالة، وما ذكره من لزوم الدور. (ك)

(٤) أي محمد. (عيني)

(٥) قوله: "كتابة واحدة" بأن قال: كاتبتكما على ألف إلى سنة، ثم إنما قيد في المسألة بالكتابة الواحدة، لأن كل واحد منهما لو كان مكاتبًا على حدة، فكفل كل واحد منهما عن صاحبه ببدل الكتابة للمولى لا يصح قياسًا واستحسانًا. (ك)

(٦) أي عقد الكفالة.

(٧) خلافًا للأئمة الثلاثة. (ف)

(٨) قوله: "استحسانًا" والقياس بخلافه، لأنه شرط فيه كفالة المكاتب، والكفالة ببدل الكتابة، وكل واحد منهما بانفراده باطل، فعند الاجتماع أولى أن يكون باطلا، أما بطلان كفالة المكاتب فلأن الكفالة تبرع، والمكاتب لا يملكه، وأما بطلان الكفالة ببدل الكتابة فلما مر من أنها تقتضي دينًا صحيحًا، وبدل الكتابة ليس كذلك. (ع)

(٩) الاستحسان.

(١٠) قوله: "أن يجعل إلخ" أي يجعل المال على أحدهما، وعتق الآخر معلقًا بأداءه كما في الولد المولود من المكاتبة في الكتابة، ويجعل كل واحد في حق المولى كان المال كله عليه، وعتق الآخر معلق بأداءه، فيطالب كل واحد منهما بجميع المال بحكم الأصالة لا بحكم الكفالة، وفي الحقيقة المال مقابل بهما حتى يكون موزعًا منقسمًا عليهما، ولكنا قدرنا المال على كل واحد منهما تصحيحًا للكتابة ففيما وراء ذلك العبرة للحقيقة. (ن)

قوله: "أن يجعل" فإن تصرف الإنسان واجب التصحيح بقدر الإمكان، وقد أمكن تصحيح هذه الكتابة بأن يجعل إلخ. (كافي)

(١١) احتيالا لتصحيح الضمان، فكان ضروريًا لا يتعدى عن موضعه. (چلپي)

(١٢) الألف فكأنه قال لكل منهما: إن أديت الألف فأنت حر. (مجمع الأنهر)

(١٣) أي كل واحد.

(١٤) قوله: "كفيلا إلخ" فصارت كفالته بما عليه أصله، وكفالة المكاتب بما عليه أصله جائزة. (چلپي)

تعالى، وإذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه[١] لاستوائهما[٢]، ولو رجع بالكل[٣] لا تتحقق المساواة.

قال: ولو لم يؤديا شيئًا حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق لمصادفته[٤] ملكه[٥]، وبرئ[٦] عن النصف[٧]، لأنه ما رضى بالتزام المال إلا ليكون المال وسيلة إلى العتق، وما[٨] بقى وسيلة[٩] فيسقط[١٠]، ويبقى النصف على الآخر، لأن المال فى الحقيقة مقابل[١١] برقبتهما. وإنما جعل[١٢] على كل واحد منهما احتيالا[١٣] لتصحيح الضمان، وإذا جاء العتق استغنى عنه[١٤]، فاعتبر[١٥] مقابلا برقبتهما، فلهذا يتنصف، وللمولى أن يأخذ بحصة الذى لم يعتق أيهما شاء[١٦] المعتق بالكفالة[١٧]،

---

(١٥) أى فى كتاب المكاتب.

(١) قوله: "رجع بنصفه إلخ" فإن قيل: كيف يرجع على صاحبه بنصف ما أدى والمال فى الحقيقة مقابل بهما، فيكون على كل واحد منهما نصفه، فيجب أن لا يكون له حق الرجوع ما لم يزد المؤدى على ما يخصه كما فى مسألة الدور. قلنا: إنما يرجع على صاحبه بنصف ما أدى تحرزا عن تفريق الصفقة على المولى، لأن المؤدى لو وقع عن المؤدى على الخصوص يبرأ بأداءه عن نصيبه، فيعتق، لأن المكاتب إذا برئ عما عليه من البدل يعتق، والمولى شرط عليهما أن يؤديا جميعًا، ويعتقا جميعًا. (ك)

(٢) قوله: "لاستوائهما" أى فى الوجوب عليهما لاستوائهما فى العلة أعنى الكتابة، فكان كل البدل مضمونًا على كل واحد منهما، ولهذا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل. (ع)

(٣) أو لم يرجع بشىء. (ع)

(٤) العتق.

(٥) المولى.

(٦) أى المعتق.

(٧) أى نصف البدل.

(٨) نافية.

(٩) لحصول عتقه بطريق آخر. (ف)

(١٠) النصف.

(١١) حتى يكون موزعًا منقسمًا. (ع)

(١٢) المال.

(١٣) فكان ضروريًا لا يتعدى عن موضعها. (ع)

(١٤) الجعل.

(١٥) المال.

(١٦) قوله: "أيهما شاء" لأن كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الألف، والباقى بعد ذلك الألف، فبقى على تلك الصفة، لأن البقاء يكون على وفق الثبوت. (ك)

(١٧) قوله: "المعتق بالكفالة" فإن قيل: كيف يكون المعتق ههنا كفيلا ببدل الكتابة، والكفالة ببدل الكتابة لا تصح، قلنا: هذا فى حالة البقاء، لأنه لم يكن هذا كفالة فى ابتداءه ببدل الكتابة بل كان كل بدل الكتابة واجبًا على كل واحد

وصاحبه بالأصالة، فإن أخذ الذى أعتق رجع على صاحبه بما يؤدى، لأنه مؤد عنه[١] بأمره، وإن أخذ الآخر لم يرجع[٢] على المعتق بشيء، لأنه[٣] أدى عن نفسه، والله أعلم.

باب كفالة[٤] العبد وعنه

ومن[٥] ضمن عن عبد مالا لا يجب[٦] عليه[٧]، حتى يعتق، ولم يسم[٨] حالا، ولا غيره[٩]، فهو حال[١٠]؛ لأن المال حال عليه لوجود السبب، وقبول الذمة[١١] إلا أنه لا يطالب به لعسرته، إذ جميع ما فى يده ملك المولى، ولم يرض[١٢] بتعلقه[١٣] به فى الحال، والكفيل غير معسر[١٤]، فصار كما إذا كفل عن غائب[١٥] أو مفلس[١٦]، بخلاف الدين المؤجل[١٧]، لأنه متأخر بمؤخر، ثم إذا أدى[١٨] رجع على

منهما تصحيحًا للكتابة، وبعد إعتاق أحدهما صار المعتق كفيلا عن غير المعتق ببدل الكتابة، فيجوز ذلك بقاء، وإن لم يجز ابتداء. (ك)

(١) أى عن صاحبه.

(٢) الآخر.

(٣) الآخر.

(٤) قوله: "كفالة" أى كفالة العبد عن الآخر، وكفالة الآخر عن العبد، وأخر ما يتعلق به لتأخره بالرق. (مل)

(٥) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (عينى)

(٦) قوله: "مالا لا يجب إلخ" كأن أقر باستهلاك مال، وكذبه المولى، أو أقرضه إنسان، أو باعه وهو محجور فإنه لا يجب عليه إلا بعد عتقه، وكذا إذا أودع شيئًا فاستهلكه، أو وطئ امرأة بشبهة بغير إذن المولى، بخلاف ما لو كان استهلاكه للمال معاينًا معلومًا فإنه يؤخذ به فى الحال. (ف)

(٧) صفة مالا.

(٨) أى الكفيل.

(٩) أى الضمان.

(١٠) جواب المسألة. (ع)

(١١) قوله: "لوجود السبب وقبول الذمة" وعدم الأجل، وكيف والعتق لا يصلح أجلا لجهالة وقت وقوعه، وقد لا يقع أصلا. (ف)

(١٢) أى المولى.

(١٣) الدين.

(١٤) إعسار: درويش شدن، فالمانع غير متحقق فى حق الكفيل. (ع و م)

(١٥) قوله: "كما إذا كفل عن غائب" يصح، ويؤخذ به الكفيل حالا، وإن عجز الطالب عن مطالبة الأصيل، أو مفلس يصح، ويؤخذ به فى الحال، وإن كان فى حق الأصيل متأخرًا إلى الميسرة.

فإن قيل: إذا لم يؤخذ العبد إلا بعد العتق فلم لم يجعل هذا بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل أيضًا إلا بعد الأجل، أجاب بقوله: بخلاف الدين المؤجل، لأنه متأخر إلخ، يعنى أن الدين ثمة تأخر عن الأصيل بمؤخر يعنى بأمر يوجب التأخير، وهو التأجيل، لا بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالا، وقد التزم الكفيل ذلك، فلزمه مؤجلا. (ع)

العبد بعد العتق، لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق، فكذا الكفيل لقيامه[١] مقامه[٢]. ومن[٣] ادعى على عبد مالا، وكفل له رجل بنفسه، فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الأصيل كما[٤] إذا كان المكفول بنفسه حراً[٥].

قال[٦]: فإن ادعى رقبة العبد[٧]، وكفل به[٨] رجل فمات العبد، فأقام المدعى[٩] البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته؛ لأن على المولى[١٠] ردها على وجه تخلفها[١١] قيمتها، وقد التزم الكفيل ذلك[١٢]، وبعد الموت يبقى القيمة واجبة على الأصيل، فكذا على الكفيل[١٣] بخلاف الأول[١٤].

قال[١٥]: وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره، فعتق[١٦]، فأداه[١٧]، أو كان المولى كفل عنه[١٨]، فأداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما[١٩] على صاحبه.

---

(١٦) بتشديد اللام. (ع) تفليس حكم كردن قاضى بإفلاس كسى. (م)

(١٧) يؤخذ الكفيل به بعد الأجل.

(١٨) أي الكفيل عن العبد.

(١) في المطالبة.

(٢) الطالب.

(٣) هذه مسألة "الجامع". (عيني)

(٤) قوله: "كما إذا كان إلخ" الكفالة بالنفس لا تتفاوت بين ما إذا كان المكفول بنفسه حرًا، أو عبدًا، فإن بموته يبرأ الكفيل كما لو كان حرًا، وذكر هذا تمهيدًا للتي بعدها، ولبيان الفرق بينهما. (عناية)

(٥) حيث يبرأ الكفيل ببراءة الأصيل ههنا أيضًا.

(٦) أي محمد. (عيني)

(٧) على ذي اليد.

(٨) العبد.

(٩) قوله: "فأقام المدعي إلخ" إنما قيد بإقامة البينة احترازًا عما إذا ثبت الملك له بإقر ر ذي اليد، أو نكوله عن اليمين حيث يقضى بقيمة العبد الميت على المدعى عليه، ولا يلزم الكفيل لأن الإقرار حجة قاصرة إلا إذا أقر الكفيل بما أقر به الأصيل. (ع)

(١٠) أي ذي اليد.

(١١) عند العجز عن ردها.

(١٢) الرد.

(١٣) لأن الكفيل التزم المطالبة بما على الأصيل.

(١٤) قوله: "بخلاف الأول [أي المسألة الأولى]" لأن محل ما التزمه وهو العبد قد فات، وسقط عن العبد تسليم نفسه، فكذا عن كفيله. (عناية)

(١٥) أي محمد. (عيني)

(١٦) العبد.

(١٧) المال.

وقال زفر رحمه الله: يرجع [١]، ومعنى الوجه الأول [٢] أن لا يكون على العبد دين [٣] حتى تصح [٤] كفالته بالمال عن المولى إذا كان بأمره، أما كفالته [٥] عن العبد، فتصح على كل حال [٦]. له أنه تحقق الموجب للرجوع، وهو الكفالة بأمره [٧]، والمانع [٨] وهو الرق قد زال [٩]. ولنا أنها [١٠] وقعت غير موجبة للرجوع، لأن المولى لا يستوجب [١١] على عبده دينًا، وكذا العبد على مولاه [١٢]، فلا تنقلب [١٣] موجبة [١٤] أبدًا، كمن كفل عن غيره بغير أمره فأجازه [١٥]. ولا يجوز الكفالة بمال الكتابة [١٦] حر

---

(١٨) العبد.

(١٩) المولى والعبد.

(١) كل على صاحبه.

(٢) أى كفالة العبد عن مولاه بأمره.

(٣) مستغرق.

(٤) قوله: "حتى تصح إلخ" لأنه إذا لم يكن عليه دين يصح أمر المولى إياه بالكفالة، ويصح تصرف المولى فيه لفراغ ذمته عن تعلق حق الغير، ألا ترى أنه يملك أن يجعله مشغولا بالدين بأن يقر عليه بالدين، فكذا له أن يأذن حتى تكفل عنه بخلاف ما إذا كان مديونًا، لأن مولاه صار أجنبيًا عنه لتعلق حق الغرماء حتى لا يملك شغله بالدين بالإقرار عليه، فكذا لا يملك أمره بالكفالة. (ك)

(٥) قوله: "أما كفالته عن إلخ" فإن قيل: دين العبد الذى يظهر فى حق المولى يقضى من ماليته، وهى ملك المولى، فأية فائدة فى هذه الكفالة، أجيب بأن الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين أولا معه ليقضى من جميع أمواله بخلاف ما إذا لم يكفل فإنه لا يلزمه عينًا، إلا أن يسلمه لبياع، وقد لا يفى ثمنه بالدين، فلا يصل الغرماء إلى تمام الدين، وبالكفالة يصلون. (ف)

(٦) أى بالمال كانت أو بالنفس، وعلى العبد دين كان أم لا.

(٧) المرجوع.

(٨) قوله: "والمانع إلخ" أى المانع وهو كونه عبده، ولا يستوجب واحد من السيد والعبد دينًا على الآخر قد زال بالعتق، فإن الأداء منهما بعده، فيجب الرجوع. (ف)

(٩) بالعتق.

(١٠) الكفالة.

(١١) أى لا يستحق.

(١٢) أى لا يستوجب دينًا إذا لم يكن عليه دين مستغرق.

(١٣) قوله: "فلا تنقلب [الكفالة] إلخ" والراهن إذا أعتق المرهون وهو معسر، وسعى العبد فى الدين رجع به على المولى، لأن استيجاب الدين على المولى إنما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به، قبل العتق، فلا يكون مما نحن فيه. (ع)

(١٤) للرجوع.

(١٥) قوله: "فأجازه [فلا يرجع]" فأدى الكفيل لا يرجع، لأن معنى الأمر، وإن تحقق فى حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع. (ف)

(١٦) قوله: "بمال الكتابة" إنما قال: بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البدل، وكل دين يكون للمولى عليه أيضًا غير بدل الكتابة، أما فى بدل الكتابة فلأنه ثبت إلخ، وأما فى غير بدل الكتابة، فلأنه إذا عجز نفسه سقط بفسخ الكتابة لابتناءه عليها، إذ لولاها لم يستوجب المولى عليه شيئًا. (ع)

تكفل به أو عبد؛ لأنه دين ثبت[١] مع المنافى، فلا يظهر[٢] فى حق صحة الكفالة، ولأنه لو عجز نفسه سقط[٣]، ولا[٤] يمكن إثباته[٥] على هذا الوجه[٦] فى ذمة الكفيل، وإثباته مطلقًا ينافى معنى الضم، لأن[٧] من شرطه[٨] الاتحاد، وبدل السعاية[٩] كمال الكتابة[١٠] فى قول أبى حنيفة رحمه الله عليه، لأنه كالمكاتب[١١] عنده.

كتاب الحوالة[١٢]

قال: وهى[١٣] جائزة بالديون، قال عليه السلام*: «من أحيل[١٤] على

---

(١) قوله: "ثبت مع المنافى" وهو الرق، فإن المكاتب عبد ما بقى درهم، فكان القياس أن لا يصح إيجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا أن المولى لا يستوجب على عبده شيئًا من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى: فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً، وكل ما ثبت مع المنافى كان غير مستقر أى ثابتًا من وجه دون وجه، فلا يظهر فى حق صحة الكفالة لاقتضاءها دينًا مستقراً لأنها، لتوثيق المطالبة. وإذا كان غير مستقر جاز أن يسقط بغير اختيار الطالب، فلم يبقَ للكفالة فائدة، بل قد يكون هزواً ولعباً، وقوله: ولأنه إلخ دليل آخر على عدم استقراره، فإن المستقر من الدين ما لا يسقط إلا بالأداء والإبراء. (ع)

(٢) الدين.

(٣) الدين.

(٤) دليل آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببدل الكتابة. (ع)

(٥) قوله: "ولا يمكن إلخ" لأن الأصيل بتعجيز نفسه يرد رقيقًا لمولاه كما كان، والكفيل ليس كذلك. (ع)

(٦) وهو أن يسقط بتعجيز الكفيل نفسه كما يسقط بتعجيز الأصيل نفسه. (ع)

(٧) قوله: "لأن من شرطه الاتحاد" أى من حيث الأوصاف حتى يثبت فيها معنى الضم مطلقًا، ألا ترى أن الدين لو كان مؤجلا على الأصيل يثبت كذلك على الكفيل إذا كفل مطلقًا، وكذلك لو كان الدين زيفًا أو جيداً على الأصيل فيجب على الكفيل بتلك الصفة تحقيقًا لمعنى الضم مطلقًا. (ن)

(٨) الضم.

(٩) إذا أعتق المولى بعض عبده، أو أمته عتق ذلك القدر ويسعى العبد فى بقية قيمته لمولاه عنده.

(١٠) قوله: "كمال الكتابة" أى فى عدم جواز الكفالة به للمولى على قول أبى حنيفة رحمه الله، لكونه دينًا غير مستقر لثبوته مع المنافى لما أن أحكام المستسعى عنده أحكام العبد من عدم قبول الشهادة، وتزوج المرأتين، وتنصيف الحدود وغيرها، وعلى قولهما يصح، لأن بدل الكتابة لم يكن مستقراً لسقوطه بالتعجيز، وهو فى السعاية لا يتحقق، لأن المستسعى لا يسقط عنه بدل السعاية بتعجيز النفس، فكان كالحر المديون. (عناية)

(١١) للعلة الأولى دون الثانية. (ف)

(١٢) قوله: "كتاب الحوالة" الحوالة تناسب الكفالة، لأن كلا منهما عقد التزام ما على الأصيل للتوثق، إلا أن الحوالة تتضمن براءة الأصيل براءة مقيدة على ما ستعلم، بخلاف الكفالة فإنها لا تتضمنه، فكانت كالمركب مع المفرد، والمفرد مقدم، فأخر الحوالة عنها. (ف)

قوله: "الحوالة" هى اسم بمعنى الإحالة، يقال: أحلت زيدا بماله على على رجل، فاحتال زيد به على الرجل، فأنا محيل، وزيد محال ومحتال، والمال محال به، والرجل محال عليه، ومحتال عليه، وقولهم للمحتال المحتال له لغو لا حاجة إلى هذه الصلة، ويقال للمحتال: حويل، كذا فى "المغرب"، وهى فى الشريعة نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه. (ك)

ملیء[1] فليتبع[2]»، ولأنه التزم ما يقدر على تسليمه، فتصح كالكفالة، وإنما اختصت بالديون، لأنها تنبئ عن النقل والتحويل[3]، والتحويل فى الدين[4]، لا فى العين.

قال[5]: وتصح الحوالة برضا المحيل[6] والمحتال[7]، والمحتال عليه، أما المحتال فلأن الدين حقه، وهو الذى ينتقل بها، والذمم متفاوتة[8]، فلا بد من رضاه[9]، وأما المحتال عليه، فلأنه[10] يلزمه الدين، ولا لزوم بدون التزامه[11].

وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه[12] ذكره[13] فى "الزيادات"، لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف فى حق نفسه، وهو لا يتضرر به[14] بل فيه[15] نفعه، لأنه[16] لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره.

---

(١٣) هذه من مسائل القدورى. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٩، والدراية ج٢، الحديث ٨١٢ص١٦٤. (نعيم)

(١٤) قوله: "من أحيل" روى هذا اللفظ الطبرانى فى "معجمه الوسط" عن الأعرج عن أبى هريرة، كذا قال الزيلعى.

(١) ملیء كأمير توانگر ومالدار، يا مالدار نيكو معاملة. (من)

(٢) فالأمر بالاتباع دليل الجواز. (ك)

(٣) فى "المغرب": تركيب الحوالة يدل على الزوال، ومنه التحويل، وهو نقل الشيء من محل إلى محل. (ف)

(٤) قوله: "فى الدين لا فى العين" لأن هذا نقل شرعى، والدين وصف شرعى، فيظهر أثره فى المطالبة، فجاز أن يؤثر النقل الشرعى فى الثابت شرعًا، أما العين فحسى، فلا ينتقل بالنقل الشرعى، بل يحتاج إلى النقل الحسى. (ك)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) المديون.

(٧) الدائن.

(٨) فى المطالبة والأداء.

(٩) محتال، وقال الشافعى رحمه الله: إن كان للمحيل دين عليه، فلا يشترط رضاه. (ع)

(١٠) المحتال عليه.

(١١) قوله: "ولا لزوم بدون التزامه" ولو كان مديونًا للمحيل لأن الناس يتفاوتون فى القضاء بين مسهل ميسر، ومضيق معسر. (ف)

(١٢) قوله: "بدون رضاه" وشرطه القدورى وعيسى معللا، بأن ذوى المروات قلما يرضون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم. (ع)

(١٣) محمد.

(١٤) أى بتصرف المحتال عليه فى حق نفسه.

(١٥) قوله: "فيه [أى فى هذا التصرف] نفعه" أى عاجلا باندفاع المطالبة عنه فى الحال، وآجلا بعدم الرجوع عليه، لأنه لا يرجع عليه إلا بأمره. (ف)

(١٦) أى المحتال عليه.

قال[١] : وإذا تمت الحوالة برئ المحيل من[٢] الدين[٣] بالقبول[٤]، وقال زفر رحمة الله عليه: لا يبرأ اعتباراً بالكفالة[٥]، إذ كل واحد منهما[٦] عقد توثق[٧].

ولنا أن الحوالة النقل لغةً[٨]، ومنه حوالة الغِراس[٩]، والدين متى انتقل عن الذمة[١٠] لا يبقى فيها، أما الكفالة فللضم[١١] والأحكام الشرعية على وفاق المعانى اللغوية، والتوثق[١٢] باختيار الأملاء[١٣]، والأحسن[١٤] فى القضاء، وإنما[١٥] يجبر[١٦] على القبول إذا نقد المحيل، لأنه يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى، فلم يكن[١٧]

---

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "من الدين" وللمتأخرين اختلاف فى أن الحوالة توجب براءة المحيل عن المطالبة والدين، أم عن المطالبة دون الدين، وإنما اختلفوا لذكر محمد رحمه الله مسائل تدل على القولين: من أن المحتال إذا وهب الدين من المحيل، أو ابرأه من الدين بعد الحوالة لا تصح هبته وإبراءه ولو بقى الدين فى ذمته وجب أن يصح. ولو أبرأ المحتال عليه، أو وهب الدين منه صح، وهذا يقتضى تحول الدين إلى ذمة المحتال عليه، وبراءة المحيل عنه، ومن أن المحتال إذا أبرأ المحتال عليه صح، ولا يرتد بالرد، ولو انتقل الدين إلى المحتال عليه وجب أن يرتد برده كما لو أبرأ المحيل قبل الحوالة، فصار الحاصل أن الحوالة نقل صورة حتى لا يتمكن من مطالبة المحيل قبل أن يتوى المال على المحتال عليه، وتأجيل معنى حتى لو توى يرجع المحتال على المحيل، فكأن محمداً رحمه الله اعتبر النقل فى بعض الأحكام، واعتبر التأجيل فى البعض ليكون عملا بهما. (مل)

(٣) هذا هو الأصح.

(٤) أى بقبول المحيل والمحتال، والمحتال عليه.

(٥) فإنه لا يبرأ الكفول عنه بالكفالة.

(٦) الكفالة والحوالة.

(٧) والتوثق أن يطالب كلا منهما. (ف)

(٨) قوله: "النقل لغةً" اعترض عليه بالحوالة بغير أمر المحيل، فإنها حوالة صحيحة كما مر، ولا نقل فيها، ولا تحويل، وهو نقض إجمالى، والجواب: إنا لا نسلم أن لا نقل فيها فإنه بعد أداء الدين ظاهر التحقق، ولهذا لا يبقى على المحيل شيء. (ع)

(٩) بالكسر نهال نشانده شده. (م)

(١٠) أى ذمة المحيل.

(١١) وهو يقتضى بقاء ما يضم إليه لأنها من الكفل وهو الضم. (ع)

(١٢) أى التوثق يحصل مع البراءة باختيار إلخ، جواب عن قول زفر.

(١٣) الأقدر على الإيفاء. (ع)

(١٤) بأداء الأجود بلا مماطلة. (ع)

(١٥) قوله: "وإنما يجبر إلخ" جواب سؤال مقدر، هو أن يقال: لما انتقل الدين بالحوالة من ذمة المحيل كما قلتم، يجب أن يكون المحيل فى أداءه متبرعًا، والمتبرع لو أدى دين مديون لا يجبر رب الدين على القبول، وهنا يجبر، فعلم أنه لم يكن متبرعًا، فلما لم يكن متبرعًا علم أن الدين فى ذمته باق كما كان، فحينئذ لم يوجد معنى الحوالة، وهو النقل. (ن)

(١٦) المحتال، جواب نقض من قبل زفر. (ف)

(١٧) قوله: "فلم يكن متبرعًا" فإن قيل: هو متبرع حال أداء الدين، إذ لا دين عليه فى الحال قطعا، وما ذكرت موهوم، قلنا: المتبرع من يقصد الإحسان إلى الغير من غير أن يقصد دفع الضرر عن نفسه أصلا، وهو بهذا الأداء قصد

متبرعًا[١]. قال[٢]: ولا يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى[٣] حقه، وقال الشافعي رحمه الله: لا يرجع وإن توى[٤]، لأن البراءة[٥] قد حصلت مطلقة[٦]، فلا يعود[٧] إلا بسبب جديد[٨]. ولنا أنها[٩] مقيدة[١٠] بسلامة[١١] حقه له، إذ هو المقصود[١٢]، أو تفسخ الحوالة لفواته[١٣]، لأنه قابل للفسخ، فصار[١٤] كوصف السلامة في المبيع. قال[١٥]: والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله أحد الأمرين، وهو إما أن يجحد[١٦] الحوالة ويحلف، ولا بينة له[١٧] عليه، أو يموت مفلسًا[١٨]؛ لأن العجز

دفع الضرر عن نفسه حيث أسقط عن نفسه المطالبة، والحبس حال إعساره، فلا يكون متبرعًا. (ك)

(١) في النقد. (ع)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) التوى التلف يقال: توى بوزن علم يتوى. (ف)

(٤) حقه بموت، أو إفلاس، أو غيرهما. (ف)

(٥) للمحيل.

(٦) عن قيد الرجوع عند التوى.

(٧) حقه، كما في الإبراء. (ع)

(٨) كان يحيل المحتال عليه المحتال على المحيل.

(٩) البراءة.

(١٠) بدلالة الحال وإن كانت مطلقة لفظًا. (ع)

(١١) قوله: "بسلامة إلخ" فإذا فات الشرط، أي سلامة حق المحتال له تنفسخ الحوالة، وعاد حقه على المحيل، فيرجع به عليه، فصار كوصف السلامة في المبيع، بأنه اشترى شيئًا فهلك قبل القبض فإنه ينفسخ العقد، ويعود حقه في الثمن، وإن لم يشترط ذلك لفظًا، وهذا الوجه يشير إلى أن الحوالة تنفسخ ويعود الدين بدون الفسخ، وهو عبارة بعض المشايخ. (مل)

(١٢) قوله: "إذ هو المقصود [أي وصول حق المحتال عليه. ك]" يعني أن المقصود من الحوالة ليس مجرد الوجوب على الثاني، لأن الذمم باعتبار هذا القدر متساوية، وإنما تتفاوت في إحسان القضاء وعدمه، فالمقصود التوصل إلى الاستيفاء من المحل الثاني على الوجه الأحسن، وإلا لم ينتقل عن الأول. (ف)

(١٣) قوله: "أو تفسخ إلخ" أي تفسخ الحوالة بفوات المقصود، وهو السلامة، لأنه قابل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة تفسخ ويعود الدين، فصار كوصف السلامة في المبيع، يعني أن المشتري إذا وجد في المبيع عيبا، واختار رده فإنه يفسخ البيع، ويعاد الثمن، وهذا الوجه يشير إلى أن الحوالة لا تنفسخ بل تفسخ، ويعاد الدين على المحيل، وهو عبارة بعض المشايخ. (مل)

(١٤) قوله: "فصار [أي وصف السلامة في حق المحيل] إلخ" ولله در الشارح رحمه الله حيث جمع بين طريقتي المشايخ، وأورد النظر بقوله: فصار كوصف إلخ، وهو ينطبق عليهما بمعنيين مختلفين. (مل)

(١٥) أي القدوري. (عيني)

(١٦) المحتال عليه.

(١٧) أي للمحيل ولا للمحتال.

(١٨) قوله: "أو يموت [المحتال عليه] مفلسًا [أي لم يترك مالا، ولا دينًا، ولا كفيلا. ك]" ولو مات المحتال عليه فقال المحتال: مات مفلسًا، وقال: المحيل بخلافه، ففي الشافي القول للمحتال مع اليمين على العلم، لتمسكه بالأصل، وهو

عن الوصول[1] يتحقق[2] بكل واحد منهما[3]، وهو التوى في الحقيقة[4].
وقالا: هذان الوجهان، ووجه ثالث، وهو أن يحكم الحاكم[5] بإفلاسه[6] حال حياته، وهذا[7] بناء على أن الإفلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده، خلافًا لهما[8]، لأن المال غاد[9] ورائح[10]. قال[11]: وإذا طالب المحتال عليه[12] المحيل بمثل مال الحوالة، فقال المحيل: أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله إلا بحجة[13]، وكان عليه مثل الدين؛ لأن سبب الرجوع[14] قد تحقق[15] وهو[16] قضاء دينه بأمره إلا أن المحيل يدعي عليه دينًا، وهو منكر، والقول للمنكر، ولا يكون[17] الحوالة إقرارًا منه بالدين عليه، لأنها[18] قد تكون بدونه[19]. قال[20]: وإذا طالب المحيل المحتال بما أحال

العسرة، وفي شرح الناصحي: القول للمحيل مع اليمين على العلم لإنكاره عود الدين. (ك)

(١) إلى الحق.

(٢) قوله: "يتحقق بكل واحد منهما" أما في الأول فلأنه حينئذٍ لا يقدر على مطالبته، وأما الثاني فلأنه لم يبقَ ذمة يتعلق بها الحق. (ع)

(٣) أي الجحود والموت مفلسًا.

(٤) وحينئذ يثبت للمحتال الرجوع على المحيل. (ع)

(٥) بالشهود. (ع)

(٦) قوله: "بإفلاسه [أي المحتال عليه]" يقال: أفلس، أي صار ذا فلس بعد أن كان ذا درهم ودينار، فاستعمل مكان افتقر، وفلّسه القاضي، أي قضى بإفلاسه حين ظهر له حاله. (ك)

(٧) الخلاف بين الإمام وصاحبيه.

(٨) قوله: "خلافًا لهما" قالا: التوى هو العجز عن الوصول إلى الحق، وقد حصل ههنا لأنه عجز عن استيفاء حقه، فصار كموت المحتال عليه، وقال: عجز عن ذلك عجزا يتوهم ارتفاعه بحدوث المال، لأن مال الله تعالى غاد ورائح. (ع)

(٩) قوله: "غاد" وغدا عليه غدوا آمد، أو رابا مداد. (من)

(١٠) قوله: "رائح" راح روحا شبانگاه شد بجاى. (من)

(١١) أي القدوري.

(١٢) مدعيًا قضاء دين المحيل من ماله.

(١٣) فإن أقام البينة بطل حق المحتال عليه في الرجوع.

(١٤) أي رجوع المحتال عليه على المحيل.

(١٥) بإقراره. (ع)

(١٦) أي سبب الرجوع.

(١٧) قوله: "ولا يكون الحوالة إلخ" يعني فإن قيل: لم لا يجوز أن يكون الحوالة إقرارًا من المحتال عليه بالدين عليه؟ أجاب بقوله: ولا تكون إلخ. (ع)

(١٨) الحوالة.

(١٩) الدين.

(٢٠) أي القدوري. (عيني)

به، فقال: إنما أحلتك لتقبضه لى، وقال المحتال: لا بل أحلتنى بدين كان لى عليك فالقول قول المحيل؛ لأن المحتال يدعى عليه الدين، وهو ينكر، ولفظة[١] الحوالة مستعملة فى الوكالة، فيكون القول قوله مع يمينه[٢].

قال: ومن[٣] أودع رجلا ألف درهم، وأحال بها عليه[٤] آخر فهو جائز، لأنه[٥] أقدر[٦] على القضاء[٧]، فإن هلكت[٨] برئ[٩]؛ لتقيدها[١٠] بها[١١]، فإنه[١٢] ما التزم الأداء إلا[١٣] منها[١٤]، بخلاف[١٥] ما إذا كانت[١٦] مقيدة بالمغصوب[١٧]، لأن الفوات إلى خلف كلا فوات، وقد تكون[١٨] الحوالة مقيدة بالدين[١٩] أيضًا.

---

(١) قوله: "ولفظة الحوالة إلخ" دفع دخل مقدر تقريره: أن الحوالة حقيقة فى نقل الدين، ودعوى المحيل أنه أحاله لتقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل، وحاصل الدفع أن لفظ الحوالة يستعمل فى الوكالة مجازًا، والعلاقة هو النقل، فإن فى الوكالة نقل التصرف من الموكل إلى الوكيل، فيجوز أن يكون مراده من لفظ الحوالة ذلك، فيصدق. (مل)

(٢) لأن فى ذلك نوع مخالفة للظاهر. (ع)

(٣) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (عينى)

(٤) أى على المودع.

(٥) أى لأن المودع.

(٦) قوله: "لأنه أقدر إلخ" بوجهين: أحدهما: أن الأداء منها يتحقق بعين حق المحيل، وحينئذ لا يصعب عليه الأداء، فكان أقدر، والثانى: أن الوديعة حاصلة بنفسه غير محتاج إلى كسب، والدين قد يحتاج إليه. (ع)

(٧) أى قضاء مال الحوالة.

(٨) الوديعة.

(٩) المودع، وهو المحتال عليه. (ع)

(١٠) الحوالة.

(١١) أى بالوديعة.

(١٢) أى فإن المودع.

(١٣) قوله: "إلا منها" فيتعلق بها، ويبطل بهلاكها كالزكاة المتعلقة بنصاب معين. (عناية)

(١٤) الوديعة.

(١٥) قوله: "بخلاف ما إذا كانت إلخ" حيث لا يبطل الحوالة بهلاك المغصوب، ولا يبرأ الغاصب بل يبقى الحوالة بمثل المغصوب إن كان مثليًا، أو بقيمته إذا كان غير مثلى، إذ هلاك المغصوب فى يد الغاصب يوجب المثل أو القيمة، فصار كلا فوات. (عينى)

(١٦) الحوالة.

(١٧) عرضًا كان أو غيره.

(١٨) قوله: "وقد تكون إلخ" يعنى أن الحوالة المقيدة كما تكون مقيدة بالعين كالوديعة والغصب تكون مقيدة بالدين أيضًا مثل ثمن المبيع. (عينى)

(١٩) قوله: "مقيدة بالدين" كما إذا كان لرجل على آخر ألف درهم، وللمديون على آخر كذلك، وأحال المديون الطالب على مديونه بألف على أن يؤديه من الألف التى للمطلوب عليه. (ع)

وحكم المقيدة[١] فى هذه الجملة[٢] أن لا يملك المحيل[٣] مطالبة المحتال عليه، لأنه تعلق به حق[٤] المحتال على مثال الرهن[٥] وإن كان[٦] أسوة[٧] للغرماء[٨] بعد موت المحيل، وهذا[٩] لأنه لو بقيت له مطالبة به[١٠]، فيأخذه منه[١١] لبطلت الحوالة، وهى حق المحتال[١٢]، بخلاف[١٣] المطلقة[١٤]، لأنه لا تعلق لحقه به[١٥] بل بذمته[١٦]، فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه، أو ما عنده[١٧].

---

(١) أى الحوالة المقيدة.

(٢) أى الوديعة، والغصب، والدين.

(٣) بذلك الدين والعين الذى قيدت الحوالة به. (ع)

(٤) قوله: "حق المحتال" وإنما رضى بنقل حقه إلى المحتال عليه بشرط أن يكافئ حقه مما للمحيل عليه، أو بيده، فيتعلق به حقه استيفاء، فلا يمكن المحيل من أخذها، ولو دفعها المودع وغيره إلى المحيل ضمن، لأنه استهلك محلا مشغولا بحق الغير. (عناية)

(٥) قوله: "على مثال الرهن" فإنه لما تعلق به حق المرتهن لم يكن للراهن مطالبة الرهن قبل أداء الدين.

(٦) قوله: "وإن [الواو وصلية] كان إلخ" هذا إشارة إلى حكم آخر، به يخالف حكم الحوالة حكم الرهن بعد ما اتفقا فى عدم بقاء حق الأخذ للمحيل، والراهن، وهو أن الحوالة إذا كانت مقيدة بالعين أو الدين، وعلى المحيل ديون كثيرة ومات، ولم يترك شيئًا سوى العين الذى له بيد المحتال عليه، أو الدين الذى عليه، فالمحتال أسوة للغرماء بعد موته، وأما المرتهن فإنه أحق من الغرماء الآخرين بعد موت الراهن بالرهن. (عينى)

(٧) برابر. (ترجمة)

(٨) قوله: "للغرماء" خلافًا لزفر رحمه الله، وهو القياس، لأن دين غرماء المحيل تعلق بمال المحيل، وهو صار أجنبيًا من هذا المال، ولهذا لا يكون له أخذه فى حياته، وكذا بعد وفاته، لأن المحتال كان أسبق تعلقًا بهذا المال لتعلق حقه به فى صحته، وحق الغرماء لم يتعلق فى صحته، فيقدم المحتال على غيره كالمرتهن.

قلنا: العين الذى بيد المحتال عليه للمحيل، والدين الذى له عليه لم يصر مملوكًا للمحتال بعقد الحوالة لا يدًا، وهو ظاهر، ولا رقبة، لأن الحوالة ما وضعت للتمليك، وإنما وضعت للنقل، وأما المرتهن فإنه ملك المرهون يدًا وحسًا، فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعًا، فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه. (ع)

(٩) إشارة إلى قوله: أن لا يملك إلخ. (ع)

(١٠) أى بذلك العين أو الدين.

(١١) أى من المحتال عليه.

(١٢) الطالب.

(١٣) قوله: "بخلاف [يتصل بقوله: لا يملك المحيل إلخ. ف] المطلقة" وهى أن يقول المديون لرب الدين: أحلتك بالألف التى لك على على هذا الرجل، ولم يقل: ليؤديها من المال الذى لى عليه، أو العين الذى عنده من غصب أو وديعة، لأنه لا تعلق لحقه، أى لحق المحتال به، أى بذلك الدين الذى للمحيل على المحتال عليه، أو بذلك العين الذى عنده، بل بذمته، أى بذمة المحتال عليه، وفى الذمة سعة، فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه، أى من الدين، أو ما عنده من الغصب والوديعة. (ك)

(١٤) أى الحوالة المطلقة الغير المقيدة بالدين، أو العين.

(١٥) أى بالعين أو الدين.

(١٦) أى المحتال عليه.

قال[١] : ويكره السفاتج[٢] ، وهى قرض[٣] استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق، وهذا نوع نفع استفيد به، وقد نهى الرسول عليه السلام عن قرض جر نفعاً[٤]* .

---

(١٧) فيؤدئ المحتال عليه دين المحيل من مال نفسه.

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "ويكره السفاتج" السفتجة تعريب سفته، وسفته شيء محكم، وسمى هذا القرض به لإحكام أمره، وفى "المغرب": السفتجة بضم السين، وفتح التاء، واحدة السفاتج، وصورتها: أن يدفع إلى تاجر مالا قرضا ليدفعه إلى صديقه، وإنما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الأمانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق.

وقيل: هى أن يقرض إنساناً ليقضيه المستقرض فى بلد يريده المقرض ليستفيد به سقوط خطر الطريق، فإن لم تكن المنفعة مشروطة، ولا كان فيها عرف ظاهر فلا بأس به، وهو فى معنى الحوالة، لأنه إحال خطر المتوقع على المستقرض، ولذلك أورده فى آخر باب الحوالة. (ك)

قوله: "ويكره السفاتج إلخ" قال فى "النهر": إطلاق المصنف يفيد إناطة الكراهة بجر النفع، سواء كان ذلك مشروطاً أو لا، قال الزيلعى: وقيل: إذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به، وجزم بهذا القيل فى الصغرى، والواقعات الحسامية، والكفاية للبيهقى، وعلى ذلك جرى فى صرف "البزازية"، وظاهر الفتح اعتماده أيضاً حيث قال: وفى الفتاوى الصغرى وغيرها: إن كان السفتج مشروطاً فى القرض فهو حرام، والقرض بهذا الشرط فاسد وإلا جاز.

وصورة الشرط كما فى الواقعات رجل أقرض رجلا مالا على أن يكتب له بها إلى بلد كذا فإنه لا يجوز، وإن أقرضه بلا شرط وكتب جاز، وكذا لو قال: اكتب لى سفتجة إلى موضع كذا على أن أعطيك ههنا، فلا خير فيه، وروى عن ابن عباس ذلك، ألا ترى أنه لو قضاه أحسن مما عليه لا يكره إذا لم يكن مشروطاً. (رد المحتار على الدر المختار)

قوله: "ويكره السفاتج" ثم قيل: إنما أورد هذه المسألة فى هذا الموضع، لأنها معاملة فى الدين كالكفالة والحوالة، فإنها أيضاً معاملة فى الديون. (ع)

(٣) قوله: "وهى قرض إلخ" فى الفتاوى الصغرى وغيرها: إن كان السفتج مشروطاً فى القرض فهو حرام، والقرض بهذا الشرط فاسد، وإن لم يكن مشروطاً جاز، وصورة الشرط ما فى الواقعات: رجل أقرض رجلا مالا على أن يكتب له بها إلى بلد كذا، فإنه لا يجوز، وإن أقرضه بغير شرط، وكتب جاز، وكذا لو قال: اكتب لى سفتجة إلى موضع كذا على أن أعطيك ههنا لا خير فيه، وروى عن ابن عباس ذلك، ألا ترى أنه لو قضاه أحسن مما عليه لا يكره إذا لم يكن مشروطاً، قالوا: إنما يحل ذلك عند عدم الشرط إذا لم يكن فيه عرف، فإن كان يعرف أن ذلك يفعل كذلك فلا. (ف)

(٤) قوله: "وقد نهى الرسول إلخ" قلت: روى الحارث فى "مسنده" عن على رضى الله عنه يقول: قال رسول الله ﷺ: «كل قرض جر منفعة فهو ربا» انتهى، وفى روايته سوار بن مصعب، وهو متروك الحديث، قاله عبد الحق، وروى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن عطاء قال: كانوا [أى الصحابة] يكرهون كل قرض جر منفعة –انتهى– كذا قال الزيلعى فى تخريجه، وابن همام فى فتح القدير. (مل)

قوله: "وقد نهى الرسول إلخ" قلت: روى الحارث فى "مسنده" حدثنا حفص بن حمزة، حدثنا سوار ابن مصعب عن عمارة الهمدانى، قال: سمعت علياً يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «كل قرض جر منفعة فهو ربا»، ومن جهة الحارث بن أبى أسامة ذكره عبد الحق فى "أحكامه" فى البيوع، وأعله بسوار بن مصعب، وقال: أنه متروك. ورواه ابن الجهم فى جزءه المعروف حدثنا سواد بن مصعب به، ولم يعزه صاحب "التنقيح" إلا لجزء أبى جهم، وقال:إسناده ساقط، وسوار متروك الحديث. وأخرج ابن عدى فى الكامل عن إبراهيم بن نافع، حدثنا عمر بن موسى ابن وجيه عن سماك بن حرب عن جابر بن سمرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «السفتجات حرام»، وأعله بعمر بن موسى ابن وجيه، وضعفه عن البخارى والنسائى وابن معين، وقال: إنه فى عداد من يضع الحديث، ومن طريق ابن عدى رواه ابن الجوزى فى "الموضوعات"، ونقل كلامه، وروى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" حدثنا أبو خالد

كتاب أدب القاضي(١)

قـال(٢) : ولا تصح ولاية القـاضي حـتى يجتـمع في المولى(٣) شـرائط : الشـهـادة(٤)، ويكون من أهل الاجتـهـاد*، أمـا الأول(٥) فـلأن حكم القـضـاء يستقى(٦) من حكم الشهادة، لأن كل واحد منهما(٧) من باب الولاية(٨)، فكل من كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء، وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء. والفاسق أهل للقضاء(٩)، حتى لو قلّد يصح إلا أنه لا ينبغي أن يقلّد كما في حكم الشهادة، فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته، ولو قبل جاز عندنا، ولـو كـان القـاضي عـدلا، فـفـسق بأخـذ الـرشـوة(١٠) أو غـيـره(١١) لا ينعـزل(١٢)، ويستحق(١٣) العزل(١٤)، وهذا(١٥) هوظاهر المذهب، وعليه مشايخنا رحمهم الله(١٦).

الأحمر عن حجاج عن عطاء قال: كانوا يكرهون كل قرض جر منفعة. (تخريج الزيلعي)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٦٠، والدراية ج٢، الحديث ٨١٣ص١٦٤. (نعيم)

(١) قوله: "كتاب أدب القاضي" لما كان أكثر المنازعات في الديون والبياعات، والمنازعات يحتاج إلى قطعها أعقبها بما هو القاطع لها، وهو القضاء، والأدب الخصال الحميدة، والقاضي يحتاج إليها، فأفادها، وهو أن ذكر ما ينبغي للقاضي ويكون عليه، وسميت الخصال الحميدة أدبا لأنها تدعوا إلى الخير، والأدب في الأصل من الأدب بسكون الدال هو الجمع والدعاء. وأما القضاء فقال ابن قتيبة: تستعمل لمعان كلها ترجع إلى الختم والفراغ من الأمر، يعني بإكماله، وفي الشرع يراد به الإلزام، يقال للحكم، وهو منع الظالم من الظلم، وأما وصف القضاء ففرض كفاية، فلو امتنع الكل أثموا، وقد أمره الله تعالى بنبيه صلى الله عليه وعلى آله وسلم بقوله: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله إليك﴾، وبعث ﷺ عليًا قاضيًا إلى اليمن، ومعاذا، وعليه إجماع المسلمين. (ف)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "في المولى" بلفظ اسم المفعول، واختياره على المتولي بلفظ اسم الفاعل إشارة إلى أنه ينبغي أن يكون القاضي قاضيًا بتوليته غيره لا بطلبه. (م)

(٤) من العقل، والبلوغ، والإسلام، والعدالة.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٦٠، والدراية ج٢، الحديث ٨١٤ص١٦٥. (نعيم)

(٥) أي اشتراط شرائط الشهادة.

(٦) قوله: "يستقى [أي يستفاد. ع] إلخ" وإنما قلنا: إن حكم القضاء يؤخذ من حكم الشهادة إذ الشهادة بمنزلة الأصيل، والقضاء كالتبع لها، ألا ترى أنه بني عليها. (ك)

قوله: "يستقى" والاستقاء في أصل اللغة آب خواستن، وبركشيدن آب از چاه. (من)

(٧) أي من الشهادة والقضاء.

(٨) قوله: "الولاية" إذ كل واحد تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى. (م)

(٩) لأهليته للشهادة. (م)

(١٠) بضم الراء وكسرها. (م)

(١١) كالزنا، وشرب الخمر. (م)

(١٢) إذا لم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم. (م)

(١٣) قوله: "ويستحق إلخ" فهذا يقتضي نفوذ أحكامه فيما ارتشى فيه، وفي غيره ما لم يعزل، وإليه أشار الإمام

وقال الشافعي رحمه الله[(١)]: الفاسق لا يجوز قضاءه كما لا يقبل شهادته عنده[(٢)]، وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى[(٣)] في "النوادر": أنه لا يجوز قضاءه، وقال بعض المشايخ رحمهم الله: إذا قلّد الفاسق ابتداء يصح، ولو قلّد وهو عدل ينعزل بالفسق، لأن المقلد اعتمد عدالته[(٤)]، فلم يكن[(٥)] راضيًا بتقليده دونها[(٦)]، وهل يصلح الفاسق مفتيًا قيل: لا، لأنه[(٧)] من أمور الدين، وخبره غير مقبول[(٨)] في الديانات[(٩)]، وقيل: يصلح، لأنه يجتهد الفاسق[(١٠)] حذرًا عن النسبة[(١١)] إلى الخطأ. وأما الثاني[(١٢)] فالصحيح[(١٣)] أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية، فأما تقليد[(١٤)] الجاهل فصحيح[(١٥)] عندنا خلافًا للشافعي رحمه الله، وهو[(١٦)] يقول: إن

البزدوي. (۶)

(١٤) فيعزله من له الأمر. (۶)

(١٥) قوله: "وهذا" إشارة إلى أن استحقاق العزل دون العزل هو ظاهر المذهب، وروى عن الكرخي أنه ينعزل بالفسق، وهو اختيار الطحاوي، وعلى أن الرازي صاحب أبي يوسف رحمه الله. (۶)

(١٦) البخاريون والسمر قنديون. (ف)

(١) قوله: "وقال الشافعي رحمه الله إلخ" قيل: هذا بناء على أن الإيمان يزيد وينقص، فإن الأعمال عنده من الإيمان، فإذا فسق فقد انتقص إيمانه. (۶)

(٢) الشافعي.

(٣) الإمام وصاحباه.

(٤) قوله: "اعتمد عدالته [أي في تقليده. ع]" فيتقيد التقليد بحال عدالته، فصار كأنه علق بقاء قضاء القاضي بحال عدالته، فلما فسق لم يبق التقليد لارتفاع العدالة، وكما يصح تعليق القضاء والإمارة بالشرط بأن يقول السلطان لرجل: إذا قدمت بلدة كذا فأنت قاضيها، أو يقول لرجل: إذا أتيت مكة فأنت أمير الموسم، فكذلك يصح أيضًا تعليق عزل القاضي بالشرط. (ن)

(٥) المقلد.

(٦) العدالة.

(٧) أي الفتياء.

(٨) إذ الفاسق لا يؤتمن عليها. (۶)

(٩) فإن مبنى القبول على الأمانة والاحتراز عن الجناية.

(١٠) المفتي.

(١١) من فقهاء العصر. (ف)

(١٢) يعني اشتراط الاجتهاد. (۶)

(١٣) قوله: "فالصحيح إلخ" ولفظ القدوري يدل على أنه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق لا يصح، وقد ذكر محمد في "الأصل" أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيًا لكن الصحيح أن إلخ. (عناية)

(١٤) قوله: "فأما تقليد الجاهل إلخ" يحتمل أن يكون مراده بالجاهل المقلد، لأنه ذكره في مقابلة المجتهد، وسماه جاهلا بالنسبة إلى المجتهد، وهو المناسب لسباق الكلام، ويحتمل أن يكون المراد به من لا يحفظ شيئًا من أقوال الفقهاء،

الأمر بالقضاء يستدعى القدرة عليه، ولا قدرة دون العلم[١]، ولنا: أنه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره، ومقصود القضاء يحصل به[٢]، وهو إيصال الحق إلى مستحقه، وينبغى للمقلد[٣] أن يختار[٤] من هو الأقدر[٥] والأولى[٦] لقوله عليه السلام: «من قلّد إنسانًا عملا[٧] وفى رعيّته من هو أولى منه فقد خان اللهَ ورسولَه وجماعةَ المسلمين»*.

وفى حدّ الاجتهاد[٨] كلام عرف فى أصول الفقه، حاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معانى[٩] الآثار[١٠]، أو صاحب فقه له معرفة بالحديث[١١]، لئلا يشتغل بالقياس فى المنصوص عليه، وقيل: أن يكون[١٢] صاحب

وهو المناسب لسياق الكلام، وهو قوله: خلافًا للشافعى إلخ، وقد علل له بقوله: إن الأمر بالقضاء يستدعى القدرة عليه، ولا قدرة دون العلم، ولم يقل دون الاجتهاد. (ع)

(١٥) ويحكم بفتوى غيره. (ف)

(١٦) الشافعى.

(١) لأن الجاهل لا يميز بين الحق والباطل.

(٢) إذا قضى بفتوى غيره. (ع)

(٣) قوله: "للمقلد" هو من له ولاية التقليد، وهو الخليفة والسلطان الذى نصبه الخليفة، وأطلق التصرف له، وكذا الذى ولاه السلطان ناحية، وأطلق له التصرف. (ف)

(٤) فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل. (ع)

(٥) على القضاء.

(٦) بعلمه، ودينه، وأمانته.

(٧) قوله: "من قلد إلخ" أخرجه الطبرانى عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «من تولى من أمر المسلمين شيئًا فاستعمل عليهم رجلا وهو يعلم أن فيهم من هو أولى بذلك، وأعلم منه بكتاب الله وبسنة رسوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين». (ف)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٦٢، والدراية ج٢، الحديث ١٥٠، ص١٦٥. (نعيم)

(٨) قوله: "وفى حد الاجتهاد إلخ" المجتهد من يعلم الكتاب والسنة مقدار ما يتعلق به الأحكام دون المواعظ، وقيل: إذا كان صوابه أكثر من خطئه حل له الاجتهاد، والأول أصح. (فصول عمادى)

(٩) أى المعانى التى هى مناطات الأحكام الدالة عليها ألفاظ الحديث. (ف)

(١٠) هى ما روى عن الأصحاب. (درر)

(١١) قوله: "أو صاحب فقه إلخ" والفرق بين القولين أن على الأول نسبة إلى معرفة الحديث أكثر من معرفته بالفقه، وفى الثانى عكسه، وأنت تعلم أن المجتهد يحتاج إلى الأمرين جميعًا، وهما تحرزه عن القياس فى معارضة النص، ومعرفة معانى الآثار، ليتمكن من القياس، فالوجه أن يقال: صاحب حديث وفقه، ليعرف معانى الآثار، ويمتنع عن القياس، بخلاف النص. والحاصل أن يعلم الكتاب والسنة بأقسامهما من عبارتهما، وإشارتهما، ودلالتهما، واقتضاءهما وباقى الأقسام ناسخها، ومنسوخها، ومناطات أحكامها، وشروط القياس، والمسائل المجمع عليها، لئلا يقع فى القياس فى مقابلة الإجماع، وأقوال الصحابة. (ف)

قريحة[١] مع ذلك[٢] يعرف بها عادات الناس لأن من الأحكام ما يبتنى[٣] عليها[٤].

قال[٥]: ولا بأس بالدخول فى القضاء لمن يثق بنفسه أنه يؤدى فرضه[٦]؛ لأن الصحابة تقلدوه[٧]، وكفي بهم[٨] قدوة[٩]، ولأنه فرض كفاية[١٠] لكونه أمرًا بالمعروف. قال[١١]: ويكره[١٢] الدخول فيه[١٣] لمن يخاف العجز عنه[١٤]، ولا يأمن على نفسه الحيف[١٥] فيه، كيلا يصير شرطًا[١٦] لمباشرته القبيح[١٧]، وكره[١٨]

---

(١٢) قوله: "أن يكون صاحب إلخ" فهذا القيد لا بد منه فى المجتهد، فمن أتقن هذه الجملة فهو أهل للاجتهاد، فيجب عليه أن يعمل باجتهاده، وهو أن يبذل جهده فى طلب الظن بحكم شرعى عن هذه الأدلة، ولا يقلد أحدًا. (ف)

(١) قوله: "قريحة" أى طبيعة جيدة خالصة من التشكيكات المكدرة ينتقل من المطالب إلى المبادى، ومنها إلى المطالب بسرعة، ويرتب على ما يصلح أن يكون سببًا للمطلوب عرفًا وعادةً. (م)

(٢) أى مع ما ذكرنا من أحد الأمرين.

(٣) أى مخالفًا للقياس كدخول الحرام. (م)

(٤) كالاستصناع. (ك)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "أنه يؤدى فرضه" وهو الحق، لأن القضاء بالحق فرض أمر به الأنبياء صلوات الله عليهم، قال الله تعالى: ﴿يا داود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق﴾، وقال لنبينا صلى الله عليه وعلى آله وسلم: ﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بالحق﴾. (عناية)

(٧) قوله: "تقلدوه إلخ" فحديث معاذ معروف، وروى أبو داود أن عليا جعله النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قاضيًا، وبعثه إلى اليمن، وقال الترمذى: إنه حديث حسن، وأخرج البيهقى أن أبا بكر ولى عمر ابن الخطاب القضاء، وأبا عبيدة المال، وأخرج أيضًا أن عمر استعمل عبد الله بن مسعود على القضاء وبيت المال، وأخرج ابن سعد فى الطبقات أن عمر بن الخطاب استعمل زيد بن ثابت على القضاء، وفرض له ورقا، وقلد على رضى الله عنه شريحا. كذا قال الزيلعى وابن الهمام. (مولانا محمد عبد الحليم، نور الله مرقده)

(٨) الصحابة.

(٩) قدوة مثلثة: پيشوا. (من)

(١٠) قوله: فرض كفاية" فإن قيل: لو كان فرض كفاية كان الدخول فيه مندوبًا لما أن أدنى درجات فرض الكفاية الندب كما فى صلاة الجنازة ونحوها.

قلنا: نعم كذلك، إلا أن فيه خطرًا عظيمًا، وأمرًا مخوفًا، لا يسلم فى بحره كل سابح إلا من عصمه الله تعالى. (ك)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) أى كراهة التحريم.

(١٣) أى فى القضاء.

(١٤) أى عن أداء فرضه.

(١٥) الجور.

(١٦) قوله: "كيلا يصير [الدخول] شرطًا [أى وسيلة إلى مباشرته [إلخ] إلخ" لأنه قبل القضاء لا يتمكن من إجراء الظلم على غيره، أو ارتكاب قبيح آخر لعجزه، وخوفه، فلما ولى القضاء فقد تمكن من ذلك لقدرته، وولايته، فيصير الدخول فى القضاء شرطًا لارتكابه. (ك)

بعضهم[1] الدخول فيه مختاراً لقوله عليه السلام[2]: «من جعل على القضاء[3] فكأنما[4] ذبح بغير سكين[5]»*، والصحيح أن الدخول فيه رخصة[6] طمعًا في

---

(١٧) وهو الحيف في القضاء. (ع)

(١٨) قوله: "وكره بعضهم إلخ" سواء وثقوا بأنفسهم أو خافوا عليها، وفسر الكراهة ههنا بعدم الجواز، قال الصدر الشهيد في أدب القاضي: ومنهم من قال: لا يجوز الدخول في القضاء إلا مكرهًا. (ع)

(١) من السلف. (ع)

(٢) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" وقيل: قد ازدراه بعض القضاة، وقال: كيف يكون هكذا، ثم دعى في مجلسه بمن يسوى شعره، فجعل الحلاق يحلق بعض أشعار ذقنه فعطس، فأصاب الموسى حلقه وألقى رأسه بين يديه. (درر)

(٣) قوله: "من جعل إلخ" أخرج أصحاب السنن الأربعة من حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين»، حسنه الترمذي. (ف)

قوله: "من جعل إلخ" روى من حديث أبي هريرة وابن عباس، فحديث أبي هريرة أخرجه أصحاب السنن الأربعة، ورواه الحاكم في "المستدرك" في كتاب الأحكام، وقال صحيح الأسناد، ولم يخرجاه، وبسند الترمذي رواه أحمد والبزار، والدارقطني. وأما حديث ابن عباس فأخرجه ابن عدي في "الكامل" عن داود ابن الزبرقان عن عطاء بن السائب عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من استقضى فقد ذبح بغير سكين»، قال ابن عدى: لا أعرف هذا الحديث عن عطاء إلا من حديث داود، وأسند تضعيفه عن النسائي، وابن معين.

وفي بعض نسخ الهداية: وقد جاء في التحذير من القضاء آثار، وقد اجتنبه أبو حنيفة، وصبر على الضرب، واجتنبه كثير من السلف، وقيد محمد نيفًا، وثلاثين يومًا حتى تقلده.

قلت: فيه حديث أبي ذر أن النبي عليه السلام قال له: «يا أبا ذر إني أحب لك ما أحب لنفسي لا تأمرن على اثنين ولا تولين مال يتيم»، أخرجه مسلم، ووهم الحاكم، فرواه في "المستدرك" وقال: صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه.

وفيه حديث: «من ولي القضاء فقد ذبح بغير سكين»، وقد تقدم، وفيه حديث بريدة أخرجه أبو داود عن ابن بريدة عن أبيه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم «القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة ورجل عرف الحق ولم يقض به وجار في الحكم فهو في النار ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو في النار»، ورواه الحاكم في "المستدرك"، وزاد فيه: «قالوا يارسول الله فما ذنب هذا الذي يجهل قال ذنبه أن لا يكون قاضيًا حتى يعلم»، وقال فيه: حديث صحيح على شرط مسلم.

حديث آخر أخرجه ابن حبان في "صحيحه" عن عمر ان بن حطان عن عائشة قال: سمعت رسول الله عليه السلام يقول: يدعى بالقاضي العادل يوم القيامة، فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى أنه لم يقض بين اثنين في عمره.

حديث آخر أخرجه الحاكم في "المستدرك" عن أبي هريرة قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يقول: «ليوشك الرجل أنه يتمنى أنه خر من الثريا ولم يل من أمر الناس شيئًا»، وقال: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه.

حديث آخر أخرجه الحاكم عن سعدان بن الوليد عن عطاء عن ابن عباس أن رسول الله قال: «من ولي عشرة فحكم بينهم بما أحبوا وكرهوا جيء به يوم القيامة مغلولة يده على عنقه فإن حكم بما أنزل الله ولم يرتش في حكمه ولم يجف فك الله عنه وإن حكم بغير ما أنزل الله وارتشى في حكمه وجار فيه شدت يساره إلى يمينه ورمى به في جهنم»، وسكت عنه، ثم قال: وسعدان بن الوليد البجلي كوفي قليل الحديث، ولم يخرجا عنه.

حديث آخر رواه أبو يعلى الموصلي في "مسنده" عن معتمر بن سليمان عن عبد الملك عن عبد الله ابن وهب عن ابن عمر أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قال: «من كان قاضيًا فقضى بالجور كان من أهل النار ومن كان قاضيًا فقضى بجهل كان من أهل النار، ومن كان قاضيًا عالمًا فقضى بعدل فبالحرى أن ينقلب كفافًا»، قال أبو حاتم في "علله": عبد الملك هذا مجهول. (تخريج الزيلعي رحمه الله تعالى)

(٤) قوله: "فكأنما ذبح إلخ" ذكر الصدر الشهيد: وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين فقال: لأن السكين يؤثر

إقامة العدل*، والترك[٢] عزيمة، فلعله[٣] يخطئ[٤] ظنه[٥]، ولا يوفق له[٦]، أو لا يعينه[٧] عليه[٨] غيره، ولا بد[٩] من الإعانة إلا إذا كان هو الأهل للقضاء دون غيره، فيحتئذ يفترض عليه التقلد[١٠] صيانةً لحقوق العباد، وإخلاءً للعالم عن الفساد[١١]. قال[١٢]: وينبغي أن لا يطلب[١٣] الولاية، ولا يسألها؛ لقوله عليه السلام**: «من طلب القضاء[١٤] وكّل[١٥] إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك

في الظاهر والباطن جميعاً، والذبح بغير سكين ذبح بطريق الخنق والغم ونحو ذلك، فإنه يؤثر في الباطن دون الظاهر، فكذا القضاء لا يؤثر في الظاهر، فإنه في الظاهره جاه، وفي باطنه هلاك. (ك)

(٥) كارد.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٦٤، والدراية ج٢، الحديث ٨١٦ ص١٦٦. (نعيم)

(٦) فإن عدل يوم أفضل من عبادة ستين سنة، كذا روى إسحاق في "مسنده".

* راجع نصب الراية ج٤ ص٦٧، والدراية ج٢، الحديث ٨١٧ ص١٦٧. (نعيم)

(٢) قوله: "والترك [أي ترك القضاء] عزيمة" ألا ترى أنه اجتنبه أبو حنيفة رحمه الله، فإنه دعي إلى القضاء ثلاث مرات، فأبى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطاً، وحبس في السجن حتى مات، وقال في المرة الثالثة: حتى استشير أصحابي، فاستشار أبا يوسف رحمه الله، فقال أبو يوسف رحمه الله: لو تقلدت لنفعت الناس، فنظر إليه أبو حنيفة رحمه الله نظر المغضب، وقال: أ رأيت أن أمرت أن أعبر البحر العميق سباحة أكنت أقدر عليه؟ فقال أبو يوسف رحمه الله: البحر عميق والسفينة وثيق، والملاح عالم، فقال أبو حنيفة رحمه الله: كأني بك قاضياً. وكذا دعي محمد رحمه الله إلى القضاء، فأبى حتى قيده، وحبس نيفاً وثلاثين، أو نيفاً وأربعين يوماً، فاضطر، وتقلد، وروى النسائي عن مكحول لو خيرت بين ضرب عنقي وبين القضاء لاخترت ضرب عنقي، وأبو قلابة دعي للقضاء، فهرب حتى أتى الشام، فوافق موت قاضيها، فهرب حتى أتى اليمامة، وكذا اجتنبه كثير من السلف. (مل)

(٣) الفاء للتعليل.

(٤) الإخطاء: خطا كردن، كذا في "منتهى الأرب".

(٥) إذا كان مجتهداً. (ع)

(٦) بالصواب.

(٧) إن كان غير مجتهد. (ع)

(٨) أي على انفاذ القضاء بالحق.

(٩) والواو للحال.

(١٠) قوله: "يفترض إلخ" إذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء، فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه أثموا إن كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم، وإلا فلا، وإن امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الإثم لأداءه إلى تضييع أحكام الله تعالى. (ع)

(١١) في الحدود والقصاص. (عيني)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) بقلبه. (ع)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٦٨، والدراية ج٢، الحديث ٨١٨ ص١٦٨. (نعيم)

(١٤) قوله: "من طلب إلخ" أخرج الترمذي عن أنس مرفوعاً من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعاء وكل إلى نفسه،

يسدده[١]»، ولأن من طلبه يعتمد على نفسه[٢] فيحرم[٣]، ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم[٤]. ثم يجوز[٥] التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل؛ لأن الصحابة[٦] تقلدوا من معاوية[٧]، والحق كان بيد على رضى الله عنه فى نوبته[٨]، والتابعين تقلدوا[٩] من الحجاج[١٠]، وهو[١١] كان جائراً إلا[١٢] إذا كان[١٣] لا يمكنه[١٤] من القضاء بحق، لأن المقصود لا يحصل بالتقلد[١٥]، بخلاف ما إذا كان

ومن أكره عليه أنزل الله عليه ملكًا يسدده، وقال: حسن غريب. (ف)

(١٥) قوله: "وكل إلى نفسه" بالتخفيف، أى فوض أمره إليها، ومن فوض أمره إلى نفسه لم يهتد إلى الصواب، لأن النفس أمارة بالسوء. (عناية)

(١) لأنه قد اعتصم بحبل الله تعالى. (ك)

(٢) من الورع والعلم، والفطنة، فيصير معجبًا، فلا يلهم الرشد.

(٣) قوله: "فيحرم" أى من التوفيق، وينبغى أن لا يشتغل المرء بما لو ناله يحرم. (ع)

(٤) الرشد والتوفيق. (ع)

(٥) تفريع على مسألة القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "لأن الصحابة رضى الله عنهم إلخ" هذا تصريح بجور معاوية، والمراد فى خروجه لا فى أقضيته، ثم إنما يتم إذا ثبت أنه ولى القضاة قبل تسليم الحسن له، وأما بعد تسليمه فلا، ويسمى ذلك العام عام المحاجة، واستقضى معاوية أبا الدرداء بالشام، وبها مات، وكان معاوية استشاره فيمن يولى بعده، فأشار عليه بفضالة بن عبيد الأنصارى، فولاه بالشام بعده. (ف)

(٧) لما انفرد بالأمر، وخالف عليًا.

(٨) قوله: "فى نوبته" هى كونه رابعا بعد عثمان رضى الله عنه، وقيد بنوبته احترازاً عن قول الروافض أنه كان أحق بها فى سائر النوب، حتى من أبى بكر رضى الله عنه، وإنما كان الحق معه فى تلك النوبة لصحة بيعته، وانعقادها، فكان على الحق فى قتال أهل الجمل، وقتال معاوية، بصفين، وقوله عليه السلام لعمار: «ستقتلك الفئة الباغية»، وقد قتله أصحاب معاوية يصرح بأنهم بغاة. ولقد أظهرت عائشة الندم كما أخرجه ابن عبد البر فى الاستيعاب قال: قالت عائشة رض لابن عمر رض: يا أبا عبد الرحمن من ما منعك أن تنهانى عن مسيرى؟ قال: رأيت رجلا غلب عليك يعنى ابن الزبير، فقالت له: أما والله لو نهيتنى ما خرجت. (ف)

(٩) قوله: "تقلدوا إلخ" فى تاريخ البخارا مسندا عن ضمرة قال: استقضى الحجاج أبا بردة بن موسى، وأجلس معه سعيد بن جبير، ثم قتل سعيد بن جبير، ومات الحجاج بعده بستة أشهر. فى تاريخ أصبهان للحافظ أبى نعيم عبد الله ابن أبى مريم الأموى: ولى القضاء بأصبهان للحجاج ثم عزله الحجاج، وأقام محبوساً بواسط، فلما هلك الحجاج رجع إلى أصبهان وتوفى بها. قال ابن القطان فى كتابه فى باب الاستسقاء: طلحة بن عبد الله بن عوف ابن أخى عبد الرحمن بن عوف تقلد القضاء من يزيد بالمدينة، وهو تابعى يروى عن ابن عباس، وأبى هريرة وأبى بكر رضى الله عنهم. (ف)

(١٠) قوله: "من الحجاج بن يوسف الثقفى" عامل عبد الملك بن مروان على العراق وخراسان مات رمضان أو شوال سنة خمس وتسعين، وعمره ثلاث أو أربع وخمسون سنة. (عينى)

(١١) الحجاج.

(١٢) استثناء من قوله: ثم يجوز إلخ.

(١٣) السلطان.

(١٤) أى القاضى.

يمكنه . قال[١] : ومن قلد القضاء[٢] يسأل عن ديون القاضى الذى كان قبله[٣]، وهو[٤] الخرائط[٥] التى فيها السجلات[٦] وغيرها، لأنها[٧] وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة[٨]، فتجعل فى يد من له ولاية القضاء[٩]، ثم إن كان البياض من بيت المال[١٠] فظاهر[١١].

وكذا[١٢] إذا كان من مال الخصوم فى الصحيح[١٣] لأنهم[١٤] وضعوها فى يده[١٥] لعمله، وقد انتقل[١٦] إلى المولّى، وكذا[١٧] إذا كان[١٨] من مال القاضى[١٩] هو الصحيح؛ لأنه[٢٠] اتخذه تدينا لا تمولا، ويبعث[٢١] أمينين[٢٢] ليقبضاها بحضرة

---

(١٥) من السلطان الجائر الكذائى.

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) بعد عزل آخر. (۶)

(٣) أى أول ما يبدأ به من الأعمال هذا. (ف)

(٤) قوله: "وهو [أى الديوان. ع] الخرائط التى فيها السجلات" والصكوك، ونصب الأوصياء، والقيم فى أموال الوقف، وتقدير النفقات، وهذا لأن القاضى يكتب نسختين: إحداهما تكون بيد الخصم، والأخرى تكون فى ديوان القاضى، لأنه ربما يحتاج إليه لمعنى من المعانى، وما بيد الخصم لا يؤمن عليه الزيادة والنقصان. (ك)

(٥) قوله: "الخرائط" خريطة كسفينة كيسة از پوست، ومانند آن كه در ان چيزے كرده دهن آن بند كنند. (من)

(٦) قوله: "السجلات [السجل كتاب الحكم]" سجل -بكسرتين وتشديد لام- چک يا مهر، سجلات جمع. (من)

(٧) أى السجلات وغيرها. (۶)

(٨) محفوظة عند القاضى. (ف)

(٩) هو القاضى المولى.

(١٠) أى الذى كتب فيه الحادثة، وقد كان أوراقًا. (۶)

(١١) قوله: "فظاهر" أى يجبر المعزول على دفعه، لأن ذلك إنما كان فى يده لعلمه، وقد صار العمل بغيره، فلا تبرك فى يده. (عينى)

(١٢) أى يجعل فى يد من له ولاية القضاء.

(١٣) قوله: "فى الصحيح" فى الصورتين، احتراز عما قاله بعض المشايخ أن البياض إذا كان من مال الخصوم، أو مال القاضى لا يجبر المعزول على دفعه، لأنه ملكه أو وهب له. (۶)

(١٤) أى الخصوم.

(١٥) المعزول.

(١٦) العمل.

(١٧) أى يجبر على الدفع.

(١٨) البياض.

(١٩) المعزول.

(٢٠) قوله: "لأنه" أى القاضى المعزول وضع عنده بطريق الديانة والأمانة، وما وضع عنده من حيث إنه يتمول به. (عينى)

(٢١) قوله: "يبعث" أى المولى، وهذا بيان لكيفية التسليم. (۶)

المعزول أو أمينه، ويسألانه[١] شيئًا فشيئًا[٢]، ويجعلان[٣] كل نوع منها[٤] فى خريطة[٥] كيلا يشتبه على المولي، وهذا السؤال[٦] لكشف الحال لا للإلزام[٧].

قال[٨]: وينظر[٩] فى حال المحبوسين[١٠]، لأنه نصب ناظرًا، فمن اعترف بحق ألزمه[١١] إياه، لأن الإقرار ملزم. ومن أنكر[١٢] لم يقبل قول المعزول عليه إلا ببينة[١٣]، لأنه بالعزل التحق بالرعايا[١٤]، وشهادة الفرد[١٥] ليست بحجة لا سيما إذا كانت[١٦] على فعل نفسه. فإن لم تقم[١٧] لم يعجل[١٨] بتخليته حتى ينادى[١٩] عليه، وينظر فى

---

(٢٢) أى الرجلين موثقًا بهما وهو أحوط والواحد يكفى.

(١) معزول عن أحوال السجلات وغيرها. (ع)

(٢) حال بمعنى مفصلا. (عناية)

(٣) قوله: "ويجعلان كل نوع إلخ" فما كان فيهما من نسخ السجلات يجعلانه فى خريطة، وما كان من نصب الأوصياء فى أموال اليتامى يجعلونه فى خريطة، لأن هذه النسخ كانت تحت تصرف القاضى المعزول، فلا يشتبه عليه شيء من ذلك متى احتاج إلى نسخة منها، فأما القاضى المقلد فيشتبه عليه لو لم يجمع كل نوع فى خريطة، ولو احتاج إلى نوع منها يحتاج إلى تفتيش جميعها، وإنما يسألان القاضى المعزول وإن لم يكن قوله حجة لالتحاقه بواحد من الرعايا لينكشف لهما ما أشكل عليهما. (ك)

(٤) أى من السجلات والصكوك وغيرها.

(٥) على حدة.

(٦) من المعزول.

(٧) أى لإلزام العمل بمقتضى الجواب.

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) القاضى الجديد.

(١٠) قوله: "وينظر فى حال المحبوسين" بأن يبعث إلى الحبس من يحصبهم ويأتيه بأساميهم، ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم، لأنه نصب ناظرًا لأمور المسلمين، وقول المعزول ليس بحجة، فلا بد من التفحص عن حالهم، فيجمع بينهم وبين خصومهم، فمن إلخ. (ع)

(١١) وحبسه إذا طلب الخصم ذلك. (ع)

(١٢) ما يوجب الحبس. (عناية)

(١٣) قوله: "إلا ببينة" فإن قامت البينة بالحق، والقاضى يعرف عدالة الشهود ردهم إلى الحبس لقيام الحجة، وإن لم يعرفهم يسأل عن الشهود، فإن عدلوا فكذلك، فإن لم تقم إلخ. (ع)

(١٤) أى بواحد من الرعايا.

(١٥) المعزول.

(١٦) الشهادة.

(١٧) قوله: "فإن لم تقم" أى البينة، أو لم يحضر خصم، وادعى المحبوس أن لا خصم له وهو محبوس بغير حق لم يعجل إلخ. (ع)

(١٨) القاضى.

(١٩) قوله: "حتى ينادى عليه" أى يأمر مناديا ينادى عليه كل يوم إذا جلس من كان يطلب فلان ابن فلان المحبوس

أمره[١]؛ لأن فعل القاضي المعزول حق ظاهراً فلا يعجل[٢] كيلا يؤدى[٣] إلى إبطال حق الغير. وينظر[٤] في الودائع[٥] وارتفاع الوقوف[٦]، فيعمل فيه[٧] على ما تقوم به البينة، أو يعترف به من هو[٨] في يده؛ لأنه كل ذلك[٩] حجة، ولا يقبل[١٠] قول المعزول لما بيناه[١١] إلا أن يعترف الذى هى[١٢] فى يده[١٣] أن المعزول سلمها[١٤] إليه، فيقبل قوله فيها[١٥]؛ لأنه ثبت بإقراره أن اليد كانت للقاضى[١٦]، فيصح إقرار القاضى كأنه فى يده فى الحال[١٧] إلا[١٨] إذا بدأ[١٩] بالإقرار لغيره، ثم أقر[٢٠] بتسليم القاضى

الفلانى بحق فليحضر، حتى يجمع بينه وبينه، فإن حضر وإلا فمن رأى القاضى أن يطلقه ينادى عليه كذلك أياما، فإن حضر خصم واحد منهم جمع بينه وبينه، وإن لم يحضرتأنى عليه أياما على حسب ما يرى القاضى، فإن لم يحضر خصم أخذ منهم كفيلا بأنفسهم، وأطلقهم، ولو قال: لا كفيل لى، أو لا أعطى كفيلا فاحتاط بوجه آخر، بأن ينادى عليه شهراً آخر، ثم خلاه. والفرق لأبى حنيفة رحمه الله فى أخذ الكفيل ههنا وبين مسألة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هناك كفيلا على ما سيجيء: أن فى مسألة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين، وفى ثبوته لغيره شك، فلا يجوز تأخير المستحق لأمر موهوم، وأما ههنا فالحق للغائب ثابت بيقين نظراً إلى ظاهر حال المعزول، لكنه مجهول، فلا يكون الكفالة لأمر موهوم. (مل)

(١) الحاصل.

(٢) بإطلاق المحبوس.

(٣) قوله: "كيلا يؤدى إلخ" لجواز أن يكون له خصم غائب يدعى عليه إذا حضر. (ع)

(٤) قوله: وينظر فى الودائع وارتفاع" الأوقاف الكائنة تحت أيدى أمناء القاضى، والذى فى ديارنا من هذا أموال الأوقاف تحت أيدى جماعة يوليهم القاضى النظر والمباشرة فيها، وودائع اليتامى تحت يد الذى يسمى أمين الحكم، فيعمل فيها على حسب ما تقوم به البينة أنه لفلان، أو غير ذلك، أو يعترف إلخ. (ف)

(٥) التى وضعها المعزول فى أيدى الأمناء.

(٦) لأنه نصب ناظراً. (ع)

(٧) أى فى المذكور.

(٨) قوله: "من هو" أى من يده مال إذا أقر بذلك المال لإنسان يقبل إقراره. (ك)

(٩) أى قيام البينة والاعتراف.

(١٠) قوله: "ولا يقبل قول المعزول" أى على من هو فى يده إذا أنكر، وقال: هى لى بأن المال الذى فى يد زيد يكون لعمرو إلا ببينة لما بينا إلخ. (مل)

(١١) من أنه بالعزل التحق إلخ.

(١٢) الودائع.

(١٣) وفى نسخة: يديه.

(١٤) الودائع.

(١٥) الودائع.

(١٦) المعزول.

(١٧) لأن يد المودع كيد المودع. (ع)

(١٨) استثناء من قوله: فيقبل.

فيسلم ما في يده إلى المقر له الأول[١] لسبق حقه، ويضمن قيمته[٢] للقاضي[٣] بإقراره الثاني[٤]، ويسلم إلى المقر له من جهة القاضي[٥].

قال[٦]: ويجلس[٧] للحكم جلوسا ظاهرا فى المسجد[٨] كيلا يشتبه مكانه على الغرباء[٩]، وبعض المقيمين[١٠]، والمسجد الجامع أولى[١١]، لأنه أشهر. وقال الشافعي رحمه الله: يكره الجلوس فى المسجد للقضاء، لأنه يحضره المشرك وهو نجس بالنص[١٢]، والحائض وهى ممنوعة عن دخوله[١٣]. ولنا: قوله عليه السلام[١٤]: «إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم[١٥]»*، وكان[١٦] رسول الله صلى الله

---

(١٩) قوله: "إلا إذا بدأ بالإقرار إلخ" بأن قال: هذا المال لفلان ابن فلان غير الذى أقر له القاضى المعزول، ثم أقر بتسليم القاضى، وقال: دفعه إلى المعزول. (مل)

(٢٠) قوله: "ثم أقر إلخ" ولو بدأ بالدفع فقال: دفعه إلى القاضى المعزول وهو لفلان، وقال المعزول: بل لفلان آخر فالقول قول المعزول، ويؤمر بالدفع إلى من أقر له القاضى المعزول، ولو قال صاحب اليد: دفعه إلى القاضى المعزول، وقال: هو لفلان من فلان، أو قال: دفعه إلى، ولا أدرى لمن هو فالمولى يقبل قول المعزول. (ك)

(١) أى الذى أقر به ذو اليد.

(٢) أو مثله. (ك)

(٣) المعزول.

(٤) أى بإقراره أن اليد كانت للقاضى.

(٥) المعزول.

(٦) القدورى. (عينى)

(٧) القاضى.

(٨) ولا يتعب نفسه فى طول الجلوس، ولكن يجلس طرف النهار، وكذا المفتى والفقيه. (ف)

(٩) المسافرين.

(١٠) الذين ليس لهم اختلاط بالقضاة.

(١١) قوله: "أولى" ثم الذى يقام فيه الجماعات وإن لم تصل فيه الجمعة، قال فخر الإسلام: هذا إذا كان الجامع فى وسط البلدة، أما إذا كان فى طرف منها فلا، لزيادة المشقة على أهل الشقة القابلة له، فالأولى أن يختار مسجداً فى وسط البلدة، وفى السوق. (ف)

(١٢) قال الله تعالى: ﴿إنما المشركون نجس﴾. (ف)

(١٣) المسجد.

(١٤) قوله: "قوله عليه السلام: أما الحديث الذى ذكره المصنف: «إنما بنيت المساجد لذكر الله والحكم»، فلم يعرف، وإنما أخرج مسلم حديث الأعرابى الذى قام يبول فى المسجد، فقال أصحاب رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا تذرموه دعوه، -فتركوه حتى بال- ثم دعاه رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فقال إن هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول والقذر وإنما هى لذكر الله تعالى والصلاة وقراءة القرآن»، قال: وأمر رجلا من القوم، فدعا بدلو من ماء فشنه عليه. (ف)

(١٥) قلت: غريب بهذا اللفظ. (ت)

عليه وآله وسلم يفصل الخصومة في معتكفه*، وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون[٢] في المساجد لفصل الخصومات، ولأن القضاء عبادة، فيجوز إقامتها في المسجد كالصلاة. ونجاسة المشرك[٣] في اعتقاده لا في ظاهره، فلا يمنع من دخوله[٤]، والحائض تخبر بحالها، فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد، أو يبعث[٥] من يفصل بينها وبين خصمها، كما إذا كانت الخصومة في الدابة[٦]، ولو جلس[٧] في داره لا بأس به، ويأذن للناس بالدخول فيها[٨]، ويجلس معه من كان يجلس[٩] قبل ذلك[١٠]، لأن في جلوسه وحده تهمة[١١].

قال[١٢]: ولا يقبل[١٣] هدية[١٤] إلا من ذي رحم محرم[١٥]، أو ممن جرت عادته

---

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٧٠، والدراية ج٢، الحديث ٨١٩ص١٦٨. (نعيم)

(١٦) قوله: "وكان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم إلخ" في الصحيحين من حديث اللعان من حديث سهل بن سعد، وفيه: فتلاعنا في المسجد، ولا بد من كون أحدهما كاذبا حانثا في يمين غموس. وفي "الصحيحين" عن كعب بن مالك رضي الله عنه أنه تقاضى ابن أبي حدرد دينا كان له عليه في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمع رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم وهو في بيته، فخرج إليهما حتى كشف سجف حجرته، فنادى يا كعب؟ فقال: لبيك يا رسول الله، فأشار بيده أن ضع الشطر من دينك، قال كعب: فعلت يا رسول الله، قال: قم فاقضه. (ف)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٧١، والدراية ج٢، الحديث ٨٢٠ص١٦٨. (نعيم)

(٢) قوله: "كانوا يجلسون إلخ" قال الزيلعي: هذا غريب، أقول: هذا مبني على أن مراد صاحب "الهداية" رواية هذا اللفظ، وليس كذلك بل هذا نقل بالمعنى، يعني أنه وقع من الصحابة الجلوس في المساجد لفصل الخصومات، ففي البخاري لاعن عمر عند منبر رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وأسند الإمام أبو بكر الرازي إلى الحسن أنه رأى عثمان قضى في المسجد، وذكر القصة، كذا في "فتح القدير".

(٣) جواب عن دليل الشافعي. (ع)

(٤) فإن النبي ﷺ كان ينزل الوفود في المسجد. (ع)

(٥) القاضي (ع) فإنه يخرج القاضي لسماع الدعوى وشهادة الشهود، والإشارة إليها. (ك)

(٦) فيوقف الدابة خارج المسجد.

(٧) القاضي.

(٨) أي في داره.

(٩) معه.

(١٠) القضاء.

(١١) وهي تهمة الظلم والرشوة. (ك)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) قوله: "ولا يقبل [أي القاضي] هدية إلخ" والأصل في ذلك ما في البخاري عن أبي حميد الساعدي قال: استعمل النبي ﷺ رجلا من الأزد يقال له: ابن اللتبية على الصدقة، فلما قدم قال: هذا لكم، وهذا لي، قال عليه السلام: «هلا جلس في بيت أبيه، أو بيت أمه، فينظر أيهدى له أم لا». وفي شرح الأقطع: الفرق بين الرشوة والهدية أن الرشوة يعطيه بشرط أن يعينه، والهدية لا شرط معها، انتهى. (ف)

قبل القضاء بمهاداته[١]، لأن الأول صلة[٢] الرحم[٣]. والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة، وفيما وراء ذلك[٤] يصير[٥] آكلا بقضاءه حتى لو كانت بتقريب خصومة، لا يقبل هديته، وكذا[٦] إذا زاد المهدى على المعتاد، أو كانت له خصومة؛ لأنه لأجل القضاء، فيتحاماه[٧]، ولا يحضر[٨] دعوة إلا أن تكون عامة، لأن الخاصة لأجل القضاء، فيتهم بالإجابة، بخلاف العامة، ويدخل في هذا الجواب[٩] قريبه[١٠] وهو قولهما. وعن محمد رحمه الله أنه يجيبه[١١] وإن[١٢] كانت خاصة كالهدية[١٣] والخاصة[١٤] ما لو علم المضيف[١٥] أن القاضي لا يحضرها[١٦]

---

(١٤) تحفه وارمغان. (من)

(١٥) ليس له خصومة على أحد، وعادته المهاواة قبل القضاء.

(١) هديه دادن يكديگر. (س)

(٢) عطاء دادن. (من)

(٣) وهو مندوب. (ع)

(٤) قوله: "وفيما وراء ذلك إلخ" ثم إن أخذ القاضي ما ليس له أخذه ما ذا يصنع به، اختلفوا فيه، بعضهم قالوا: يضع في بيت المال، وعامتهم قالوا: يردها على أربابها إن عرفهم وإليه أشار في "السير الكبير".

فإن لم يعرفهم، أو يعرفهم إلا أن الرد يتعذر لبعدهم يضعها في بيت المال، وحكمها حكم اللقطة، وإنما يضعها في بيت المال لأنه إنما أهدى إليه لعمله وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين، فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم. (عناية)

(٥) القاضي.

(٦) أي لا يقبل.

(٧) تحاماه الناس خويشتن را از وى نگاه داشتند مردم، وپرهيز نمودند ازو. (من)

(٨) القاضي.

(٩) قوله: "ويدخل في هذا الجواب [أي لا يحضر دعوة] إلخ" لم يفصل في الدعوة الخاصة بين أن يكون الداعي أجنبياً أو ذا رحم محرم منه، وقال في فصل الهدية: لا يقبل إلا من ذى رحم محرم منه، فلا بد من التأويل بين المسألتين، قالوا: ما ذكر في الضيافة محمول على ما إذا كان ذا رحم محرم لم يجر بينهما الدعوة، والمهاداة للصلة للقرابة، وإنما أحدث بعد القضاء، فإذا كانت الحالة هذه فهو والأجنبي سواء في هذا، وما ذكر في الهدية أنه يقبل من ذى رحم محرم فهو محمول على أنه كان جرى المهاداة قبل القضاء صلة للقرابة، فإذا أهدى إليه هدية بعد القضاء فلا بأس بالقبول، هكذا ذكر شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده رحمه الله"، وفي "مبسوط شيخ الإسلام" إلا أن يكون المضيف خصماً، فينبغي أن لا يجيب دعوته، وإن كانت عامة. (ك)

(١٠) القاضي.

(١١) أي يجيب دعوة القريب.

(١٢) الواو وصلية.

(١٣) حيث يجوز أخذها من قريب.

(١٤) قوله: "والخاصة ما لو علم إلخ" قيل: العامة ما يكون فوق العشرة، وما دونه خاصة، وقيل: دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة. (ع)

لا يتخذها[(١)]. قال[(٢)]: ويشهد الجنازة، ويعود[(٣)] المريض ؛ لأن ذلك من حقوق المسلمين، قال عليه السلام: «للمسلم[(٤)] على المسلم ستة حقوق»*، وعدّ منها هذين[(٥)]، ولا يضيف[(٦)] أحد الخصمين دون[(٧)] خصمه ؛ لأن النبى عليه السلام نهى[(٨)] عن ذلك**، ولأن فيه تهمة[(٩)].

قال[(١٠)]: وإذا حضرا[(١١)] سوّى[(١٢)] بينهما[(١٣)] فى الجلوس والإقبال[(١٤)] ؛ لقوله عليه السلام[(١٥)]: «إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسوِّ بينهم فى المجلس والإشارة

---

(١٥) والعامة هى التى يتخذها حضرها القاضى أو لا. (ف)

(١٦) الدعوة.

(١) الدعوة.

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) قوله: "ويعود" إذا لم يكن المريض من المتخاصمين، أما إذا كان منهم فلا ينبغى أن يعود، لأن ذلك يؤدى إلى إيذاء الخصم الآخر، وإلى التهمة. (ك)

(٤) قوله: "للمسلم على إلخ" روى مسلم عن أبى هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «حق المسلم على المسلم خمس رد السلام وتشميت العاطس وإجابة الدعوة وعيادة المريض واتباع الجنازة»، وإذا استنصحك فانصح له، فهذه هى السادسة. (ف)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٧٢، والدراية ج٢، الحديث ٨٢١ص١٦٨. (نعيم)

(٥) أى شهود الجنازة وعود المريض. (ت)

(٦) القاضى.

(٧) فيه إيماء إلى أنه لو أضاف الخصمين جميعًا لا بأس به، كذا فى "الكفاية".

(٨) قوله: "نهى عن ذلك" لما روى إسحاق بن راهويه عن الحسن فى "مسنده" قال: جاء رجل، فنزل على على، فأضافه، فلما قال: إنى أريد أن أخاصمه، قال على: تحول، فإن النبى صلى الله عليه، وعلى آله وسلم نهانا أن يضيف الخصم إلا ومعه خصمه. (ف)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٧٣، والدراية ج٢، الحديث ٨٢٢ص١٦٩. (نعيم)

(٩) أى تهمة الميل.

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) المتخاصمان.

(١٢) القاضى.

(١٣) قوله: "سوى بينهما إلخ" المستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه، ولا يجلس واحدًا عن يمينه والآخر عن شماله، لأن لليمين فضلا. وفى "النوازل" و "الفتاوى الكبرى": خاصم السلطان مع رجل، فجلس السلطان مع القاضى فى مجلسه ينبغى للقاضى أن يقوم من مقامه، ويجلس خصم السلطان فيه، ويقعد هو على الأرض، ثم يقضى بينهما. (ف)

(١٤) التوجه والنظر.

(١٥) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" روى إسحاق بن راهويه فى "مسنده" عن أم سلمة قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليسوِّ بينهم فى الجلوس والإشارة والنظر». (ف)

والنظر»*. ولا يسار[٢] أحدهما ولا يشير[٣] إليه، ولا يلقنه حجة للتهمة[٤]، ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه، ولا يضحك[٥] في وجه أحدهما؛ لأنه يجترئ[٦] على خصمه، ولا يمازحهم[٧]، ولا واحداً منهم؛ لأنه[٨] يذهب بمهابة[٩] القضاء. قال[١٠]: ويكره تلقين الشاهد[١١]، ومعناه أن يقول[١٢] له: أ تشهد بكذا وكذا، وهذا[١٣] لأنه إعانة لأحد الخصمين، فيكره كتلقين الخصم[١٤]، واستحسنه[١٥] أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة[١٦]؛ لأن الشاهد قد يحصر[١٧] لمهابة المجلس، فكان تلقينه إحياءً للحق بمنزلة الإشخاص[١٨] والتكفيل[١٩].

---

* راجع نصب الراية ج٤ ص٧٣، والدراية ج٢، الحديث ٨٢٣ ص١٦٩. (نعيم)

(٢) قوله: "ولا يسار [أي القاضي] إلخ" وينبغي أن يقيم بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم بين يديه في غير وقعة، ويمنعهم عن إشارة الأدب، يقال له: صاحب المجلس، ويمنع من رفع الصوت في المجلس، ويجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضي. (عناية) مسارة: با كسى راز گفتن. (من).

قوله: "ولا يسار" أي لا يتكلم مع أحدهما سراً.

(٣) بالرأس أو العين، أو الحاجب.

(٤) أي تهمة الميل.

(٥) القاضي.

(٦) بسبب ضحك القاضي.

(٧) الخصوم.

(٨) المزاح.

(٩) بالفتح: ترس وبزرگى. (من)

(١٠) أي محمد. (عيني)

(١١) قوله: "تلقين الشاهد" هو أن يقول القاضي: ما يستفيد به الشاهد علمًا بما تعلق بالشهادة مثل أن إلخ. (عناية)

(١٢) القاضي.

(١٣) أي الكراهة.

(١٤) حيث يكره.

(١٥) قوله: "واستحسنه إلخ" تأخير دليل أبي يوسف رحمه الله، وتسميته بالاستحسان كل ذلك دليل على أن المختار عند المصنف رحمه الله قول أبي يوسف رحمه الله. (نهاية)

(١٦) قوله: "في غير موضع التهمة" ولا في موضع التهمة أما في موضع التهمة مثل أن يدعي ألفًا وخمس مائة، والمدعى عليه ينكر خمس مائة، وشهد الشاهد بالألف فالقاضي إن قال يحتمل أنه أبرأ خمس مائة واستفاد الشاهد علماً بذلك ووقف القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق. (عناية)

(١٧) أي يحتبس لسانه عن البيان، حصر بفتحتين بست شدن در سخن گفتن وخواندن وعاجز شدن. (م)

(١٨) إرسال الرجل لإحضار الخصم. (ع)

(١٩) أي أخذ الكفيل من أحد الخصمين.

فصل في الحبس[1]

قال[2]: وإذا ثبت الحق عند القاضي، وطلب صاحب الحق حبس غريمه[3] لم يعجل بحبسه، وأمره بدفع ما عليه؛ لأن الحبس جزاء المماطلة[4]، فلا بد من ظهورها، وهذا[5] إذا ثبت الحق بإقراره، لأنه لم يعرف كونه مماطلا في أول الوهلة، فلعله طمع[6] في الإمهال[7]، فلم يستصحب[8] المال، فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله[9]، أما إذا ثبت[10] بالبينة حبسه كما ثبت[11] لظهور المطل بإنكاره. قال[12]: فإن امتنع[13] حبسه[14] في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع، أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة؛ لأنه إذا حصل المال في يده[15] ثبت غناءه به[16]، وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره، إذ هو لا يلتزم[17] إلا ما يقدر على أداءه، والمراد بالمهر معجله[18] دون مؤجله.

---

(١) قوله: "فصل في الحبس" لما كان الحبس من أحكام القضاء، وتعلق به أحكام أفرده في فصل على حدة، وهو مشروع لقوله تعالى: ﴿أوينفوا من الأرض﴾، فإن المراد به الحبس، ولم يكن في زمان النبي ﷺ، وأبي بكر وعمر، وعثمان رضي الله عنهم سجن، وكان يحبسه في المسجد والدهليز حيث أمكن، ولما كان زمن علي رضي الله عنه أحدث السجن بناه من قصب فنقبه اللصوص، فبنى سجنا من مدر. (ع)

(٢) هذا قول القدوري.

(٣) سواء كان الحق درهما، أو أقل منه، أو أكثر منه.

(٤) قوله: "المماطلة" مماطلة دفع الوقت كردن، وفرصت نمودن، ودورو دراز كشيدن كارى. (م)

(٥) أي ترك القاضي العجلة بالحبس.

(٦) أي يقول: إني ظننت أنك تمهلني فلم استصحب المال.

(٧) فرصت ومهلت دادن. (م)

(٨) أي لم ينقد.

(٩) مطل –بفتحتين– درنگ كردن دردادن دام. (م)

(١٠) الحق.

(١١) الحق.

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) الغريم بعد أمر القاضي بالدفع.

(١٤) إذا طلب المدعي.

(١٥) الغريم.

(١٦) قوله: "ثبت غناءه به" وزواله عن الملك محتمل، والثابت لا يترك بالمحتمل، فلا يسمع قوله: إني فقير فيحبس. (مل)

(١٧) قوله: "إذ هو لا يلتزم إلخ" فبعد ذلك لا يسمع دعواه بأنه لا يقدر على تسليمه. (ن)

(١٨) قوله: "والمراد بالمهر معجله" لأن العادة جرت على تسليم المعجل، فكان إقدامه على النكاح دليلا على قدرته على تسليم المعجل. (ن)

قال[(١)]: ولا يحبسه فيما سوى ذلك[(٢)] إذا قال: إنى فقير، إلا أن يثبت غريمه[(٣)] أن له مالا، فيحبسه؛ لأنه لم يوجد دلالة اليسار، فيكون القول قول من عليه الدين، وعلى المدعى إثبات غناءه، ويروى[(٤)] أن القول لمن عليه الدين فى جميع ذلك[(٥)]، لأن الأصل هو العسرة[(٦)].

ويروى[(٧)] أن القول له[(٨)] إلا فيما بد له مال[(٩)]، وفى[(١٠)] النفقة[(١١)] القول قول الزوج أنه معسر، وفى إعتاق العبد المشترك[(١٢)] القول للمعتق، والمسألتان تؤيدان[(١٣)] القولين الآخرين[(١٤)]، والتخريج[(١٥)] على ما قال[(١٦)] فى الكتاب: إنه ليس[(١٧)] بدين مطلق، بل هو صلة حتى تسقط النفقة[(١٨)] بالموت[(١٩)] على الاتفاق، وكذا عند أبى

(١) هذا قول القدورى.

(٢) كضمان الغصب وأرش الجناية. (عناية)

(٣) المدعى.

(٤) وهو اختيار الخصاف. (ك)

(٥) أى فيما كان بدلا عن مال وما لم يكن. (۶)

(٦) قوله: "لأن الأصل هو العسرة" إذ الآدمى يولد ولا مال له، والمدعى يدعى عارضًا، والقول قول من تمسك بالأصل حتى يظهر خلافه، فكان القول قول المديون مع يمينه. (عناية)

(٧) عن الشيخين.

(٨) وهو اختيار أبى عبد الله البلخى. (ك)

(٩) قوله: "إلا فيما بدله مال [كثمن متاع]" لأنه عرف دخول شيء فى ملكه وزواله محتمل، فكان القول للمدعى، وما لم يكن بدله مالا كالمهر، وبدل الخلع، وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه، لأنه لم يدخل فى ملكه شيء، ولم يعرف قدرته على القضاء، فبقى متمسكًا بالأصل، وهو العسرة. (۶)

(١٠) بيان لما هو المحفوظ من الرواية. (عناية)

(١١) قوله: "وفى النفقة إلخ" المرأة إذا ادعت على زوجها أنه موسر، وادعت نفقة الموسرين، وادعى الزوج أنه معسر، وعليه نفقة المعسرين فالقول للزوج أنه معسر لتمسكه بالأصل. (ك)

(١٢) قوله: "وفى إعتاق إلخ" أى أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه من العبد، وزعم أنه معسر كان القول له. (۶)

(١٣) قوله: "تؤيدان إلخ" وتخالفان القول الأول، لأن فيهما التزامًا إذ إقدامه على النكاح، والإعتاق أمارة قدرته على النفقة والضمان، كما فى المهر والكفالة. (ك)

(١٤) فإن فيهما القول قول من عليه وليس بدل النفقة، وبدل ضمان الإعتاق مالا.

(١٥) قوله: "والتخريج إلخ" يعنى تخريج هاتين المسألتين على وجه لا تردان نقضًا على ما قال فى الكتاب فى ظاهر الرواية حبسه فى كل دين لزمه بدلا عن مال، أو التزمه بعقد أن الحبس فيما يكون دينًا على المدعى عليه مطلقًا، وفى هاتين المسألتين النفقة ليست بدين مطلقًا، حتى يسقط بالموت، وكذا ضمان الإعتاق عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى. (ك)

(١٦) يعنى القدورى.

(١٧) قوله: "أنه ليس بدين مطلق" فإنه قد تقدم أن الدين الصحيح هومالايسقط إلابإبراء من له، أوبإيفاء من عليه. (۶)

(١٨) أى نفقة الأيام الماضية.

حنيفة رحمه الله ضمان الإعتاق.

ثم فيما كان القول قول المدعى أن له[١] مالا، أو ثبت ذلك[٢] بالبينة فيما كان القول قول من عليه[٣] يحبسه شهرين، أو ثلاثة[٤]، ثم يسأل عنه[٥] فالحبس لظهور ظلمه[٦] فى الحال، وإنما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه، فلا بد من أن تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة[٧]، فقدر[٨] بما ذكره[٩]، ويروى غير ذلك من التقدير بشهر[١٠]، أو أربعة إلى ستة أشهر[١١]، والصحيح أن التقدير مفوض إلى رأى القاضى[١٢] لاختلاف أحوال الأشخاص فيه[١٣].

فإن لم[١٤] يظهر له مال خلى[١٥] سبيله، يعنى بعد[١٦] مضى المدة، لأنه استحق النظرة[١٧] إلى الميسرة، فيكون حبسه بعد ذلك ظلمًا، ولو قامت البينة[١٨] على إفلاسه

---

(١٩) أى بموت الزوج.

(١) المدعى عليه.

(٢) أى كون المدعى عليه ذا مال.

(٣) الحاكم.

(٤) هو رواية محمد عن أبى حنيفة فى كتاب الحوالة. (ك)

(٥) جيرانه عن يساره وعساره.

(٦) وفى نسخة: مظلمه.

(٧) أى ظهور ماله لو كان.

(٨) محمد.

(٩) أى شهرين أو ثلاثة.

(١٠) قوله: "بشهر [ذكره الطحاوى]" لأن ما دونه عاجل، والشهر آجل، قال شمس الأئمة الحلوانى: وهو أرفق الأقاويل فى هذا الباب. (ع)

(١١) هو رواية الحسن عن أبى حنيفة.

(١٢) قوله: مفوض إلخ" فإن مضى أربعة أشهر، ووقع للقاضى أنه متعنت يستديم حبسه، وإن كان دون ذلك بأن كان شهرين أو دونه، ووقع أنه عاجز لا مال له أطلقه من السجن. (عينى)

(١٣) أى فى احتمال الحبس.

(١٤) قوله: "فإن لم يظهر إلخ" أى إن لم يظهر للمحبوس مال بعد مضى المدة التى رآها القاضى برأيه، وبعد مضى المدة التى اختارها بعض المشايخ كشهر، أو شهرين، أو أربعة على ما تقدم على سبيله. (عناية)

(١٥) الحاكم.

(١٦) متعلق بقوله: لم يظهر.

(١٧) تأخير كردن ومهلت دادن. (م)

(١٨) قوله: "ولو قامت [بأن أخبر واحد ثقة، أو اثنان] البينة إلخ" كيفية الشهادة على الإفلاس، حكى عن أبى القاسم أنه قال: ينبغى أن يقول: أشهد أنه مفلس معدم، لا نعلم له مالا سوى كسوته التى عليه، وثياب ليلته، وقد اختبرنا

قبل المدة تقبل فى رواية، وفى رواية لا تقبل[١]، وعلى الثانية عامة المشايخ رحمهم الله. قال[٢] فى الكتاب: خلى سبيله، ولا يحول[٣] بينه وبين غرماءه[٤]، وهذا كلام[٥] فى الملازمة، وسنذكره فى كتاب الحجر[٦] إن شاء الله تعالى.

وفى "الجامع الصغير"[٧]: رجل أقر عند القاضى بدين، فإنه يحبسه، ثم يسأل[٨] عنه، فإن كان موسراً أبد حبسه، وإن كان معسراً خلى سبيله، ومراده إذا أقر عند غير القاضى[٩]، أو عنده مرة، فظهرت مماطلته، والحبس أولا[١٠]، ومدته قد بيناه[١١]، فلا نعيده[١٢].

قال[١٣]: ويجبس الرجل فى نفقة زوجته[١٤]؛ لأنه ظالم بالامتناع، ولا يحبس

أمره فى السر والعلانية. (ك)

(١) قوله: "وفى رواية لا تقبل" وفى "الذخيرة": فإن أخبر عن إعساره قبل الحبس واحد عدل، أو اثنان، أو شهد بذلك شاهدان، فعن محمد رحمه الله فيه روايتان، فى رواية قال: لا يحبسه، وبه كان يفتى الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل. وقال أبو بكر الإسكاف: وعامة مشايخ ماوراء النهر: أن القاضى يحبسه، ولا يلتفت إلى هذه البينة، وهذا لأن البينة على الإعسار بينة على النفي، فلا تقبل إلا إذا تأيدت بمؤيد، وقبل الحبس ما تأيدت بمؤيد، وبعد ما حبس، ومضت عليه مدة فقد تأيدت بمؤيد، لأن الظاهر أنه لو كان قادراً على قضاء الدين لما تحمل مرارة الحبس. (ك)

(٢) أى القدورى. (ع)

(٣) بعد خروجه عن الحبس.

(٤) بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف.

(٥) قوله: "وهذا كلام" يعنى المنع عن ملازمة المديون بعد إخراجه عن الحبس. (عناية)

(٦) فى باب الحجر بسبب الدين. (ع)

(٧) قوله: "وفى "الجامع الصغير" إلخ" إنما ذكر لفظ "الجامع الصغير" ههنا، لأن رواية "الجامع الصغير" من حيث الظاهر تخالف ما ذكر فى أول هذا الفصل أنه إذا ثبت الدين على المديون بالإقرار لا يحبسه فى أول الوهلة، بخلاف ما إذا ثبت الدين بالبينة. وما ذكر فى "الجامع الصغير" يقتضى بجواز الحبس متصلا بإقراره حيث قال: يحبسه، ثم يسأل عنه، فثبت التناقض بين الروايتين، فذكر لفظ "الجامع الصغير" كما هو، ثم ذكر تأويله بقوله: ومراده إذا أقر إلخ، إزالة للتناقض الثابت من حيث الظاهر. (ك)

(٨) أى جيرانه عن يساره وعساره.

(٩) قوله: "ومراده [أى محمد] إذا إلخ" يعنى مراد محمد فيما إذا ثبت الحق بالإقرار، ثم يثبت المماطلة فترافعا إلى القاضى، فحينئذ يحبسه لا بمجرد الإقرار. (عينى)

(١٠) قوله: "والحبس أولا [أى قبل السؤال عن الجيران] إلخ" يعنى أن المذكور فى "الجامع الصغير" من الحبس أولا، ومدته بيناه، وليس فيه مخالفة لما بيناه، فنحتاج إلى ذكره ثانياً. (عناية)

(١١) من أنه شهر أو غيره.

(١٢) أى بينا الحبس أولا، ومدته فلا نعيده. (ك)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) قوله: "فى نفقة إلخ" إذا فرض القاضى على رجل نفقة زوجته، أو اصطلحا على مقدار، فلم ينفق عليها،

الوالد[١] في دين ولده ؛ لأنه[٢] نوع عقوبة، فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص[٣]، إلا إذا امتنع[٤] عن الإنفاق عليه[٥]، لأن فيه إحياء لولده[٦]، ولأنه لا يتدارك لسقوطها[٧] بمضى الزمان، والله أعلم.

باب كتاب القاضي إلى القاضي[٨]

قال[٩]: ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق[١٠] إذا شهد به[١١] عنده[١٢] للحاجة على ما نبين[١٣]، فإن شهدوا[١٤] على خصم[١٥] حاضر حكم

ورفعت إلى الحاكم حبسه. (ع)

(١) وكذا الأم، والجد، والجدة. (ك)

(٢) الحبس.

(٣) قوله: "كالحدود والقصاص" فإن الوالد لا يؤاخذ بها لأجل ولده. (عيني)

(٤) الوالد.

(٥) الولد.

(٦) وفي تركه سعي لهلاكه. (ع)

(٧) قوله: "لسقوطها" أي لسقوط نفقة الولد بمضى الزمان، أما الدين لا يسقط بمضى الزمان، فافترقا في حق هذا الحكم، فيفترقان في حق الحبس أيضاً. (ك)

(٨) قوله: "باب كتاب إلخ" أورد هذا الباب بعد فصل الحبس لأن هذا من عمل القضاء أيضاً، إلا أن السجن يتم بقاض واحد، وهذا باثنين، والواحد قبل الاثنين. (ع)

قوله: باب كتاب إلخ" هذا أيضاً من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق في الوجود إلا بقاضيين، فهو كالمركب بالنسبة إلى ما قبله، كذا في "الفتح"، وهذا أولى من قول الزيلعي أنه ليس من كتاب القضاء، لأنه إما نقل شهادة، أو نقل حكم نعم هو من عمل القضاة، فكان ذكره فيه أنسب، انتهى، وحيث كان من عملهم، فكيف ينفيه بحر، وأجاب في النهر: بأن المنفي كونه قضاء، والمثبت كونه من أحكامه. (رد المحتار)

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) قوله: "في الحقوق" أي في الحقوق التي تثبت مع الشبهة، وقيد بالحقوق لما في الأعيان المنقولة خلاف. (ك)

(١١) المكتوب إليه أي بالكتاب. (ن)

(١٢) أي عند القاضي.

(١٣) وهو ما ذكره بعده، وجوازه لمساس الحاجة إلخ. (ك)

(١٤) قوله: "فإن شهدوا إلخ" هذا بيان أن كتاب القاضي إلى القاضي نوعان: المسمى سجلا، والمسمى بالكتاب الحكمي، والفرق بينهما: أن الأول إذا وصل إلى المكتوب إليه ليس له إلا التنفيذ وافق رأيه أو خالفه لاتصال الحكم به، والثاني إن وافقه أنفذه وإلا فلا لعدم اتصال الحكم به. (ع)

(١٥) قوله: "على خصم" قيل: المراد بالخصم ههنا الوكيل عن الغائب، أو المسخر الذي جعل وكيلا لإثبات الحق عليه، وإن لم يكن وكيلا عنه في الحقيقة إذ لو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه نفسه لما احتيج إلى كتاب القاضي إلى قاض آخر، لأن حكم القاضي قد تم، ويحتمل أن يكون الخصم هو المدعى عليه، وأن يكون مراده بيان أن هذا الكتاب هو المدعو سجلا لا أنه يكتب إلى قاض آخر، أو كان المدعى به مبيعاً، فأراد المدعى عليه الرجوع على بائعه، وهو في بلدة أخرى، فطلب من القاضي أن يكتب بحكمه إلى قاضي تلك البلدة. (ك)

بالشهادة؛ لوجود الحجة، وكتب بحكمه وهو[١] المدعو[٢] سجلا، وإن شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم؛ لأن القضاء على الغائب لا يجوز.

وكتب[٣] بالشهادة[٤] ليحكم المكتوب إليه بها، وهذا هو الكتاب الحكمي[٥]، وهو نقل الشهادة في الحقيقة، ويختص بشرائط[٦] نذكرها[٧] إن شاء الله، وجوازه[٨] لمساس الحاجة[٩] لأن المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه، فأشبه[١٠] الشهادة على الشهادة. وقوله[١١]: في الحقوق يندرج تحته الدين،

قوله: "على خصم حاضر" قال في "النهاية": المراد بالخصم هو الوكيل عن الغائب، أو المسخر الذي جعله القاضي وكيلا لإثبات الحق، ولو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه لما احتيج إلى قاض آخر.

أقول: لا يخفى ما فيه من التكلف، والأحسن أن يقال: إن قوله: فإن شهدوا على خصم حاضر ليس بمقصود بالذات في هذا الباب بل توطئة لقوله: وإن شهدوا بغير خصم لم يحكم فيه، ونظائره كثيرة، كذا في "الدرر". قلت: وحاصله أنه ليس المراد في هذه المسألة من كتاب القاضي حكمه إلى قاض آخر، حتى يراد بالخصم فيها الوكيل أو المسخر، بل المراد أن الشهادة عند القاضي تارة تكون على خصم حاضر، فيحكم بها عليه، ويكتب بحكمه كتابا ليحفظ الواقعة لا لبعثه إلى قاض آخر، لأن الحكم قد تم، وتارة تكون على خصم غائب، وهي الآتية، فهذه ذكرت توطئة لتلك.

وذكر في "النهر" عن الزيلعي: أنه إذا قدر أن الخصم غاب بعد الحكم عليه، وجحد الحكم فحينئذ يكتب له ليسلم إليه حقه، أو لينفذ حكمه، انتهى. وحاصله: أنه قد يحتاج في المسألة الأولى إلى أن يبعث بكتاب حكمه على الخصم الحاضر إلى قاض آخر، فيكون ذكرها مقصوداً في الباب. وأفاد القهستاني أن الكتاب يكون إلى القاضي، ولو كان الخصم حاضراً، وذلك لإمضاء قاض آخر كما إذا ادعى على آخر ألفًا، وبرهن، وحكم به، ثم اصطلحا أن يأخذه منه في بلد آخر، وخاف أن ينكر فكتب به لإمضاء قاضي البلد. (رد المحتار)

(١) أي المكتوب فيه الحكم.

(٢) قوله: "هو المدعو سجلا" [على البناء للمفعول. ك] هو -بكسر السين والجيم وتشديد اللام- والضمتان مع التشديد، والفتح مع سكون الجيم، والكسر لغات قهستاني عن الكشاف. (رد المحتار)

(٣) القاضي إلى المكتوب إليه.

(٤) أي بما سمعه من الشهادة.

(٥) لأنه يكتب ليحكم به القاضي المكتوب إليه.

(٦) قوله: "بشرائط" منها العلوم الخمسة، وهي أن يكون من معلوم إلى معلوم في معلوم بمعلوم على معلوم. (ع)

(٧) هو الموعود وبقوله: على ما نبين. (ع)

(٨) قوله: "وجوازه [أي جواز كتاب القاضي إلى القاضي] إلى آخره" والقياس يأبى جوازه، إذ فيه شبهة التزوير إذ الخط يشبه الخط والختم بالختام، إلا أنه جوز لحاجة الناس، ولما روى أن عليًا رضى الله عنه جوزه لذلك. (عناية)

(٩) قوله: "لمساس الحاجة" ولا يندفع الحاجة بالشهادة على الشهادة لما أن أكثر الناس يعجزون عن أداء الشهادة على الشهادة على وجهها، ثم يحتاج بعد ذلك إلى معرفة عدالة الأصول، ويتعذر معرفة ذلك في تلك البلدة، فتقع الحاجة إلى نقل شهادتهم بالكتاب. (ك)

(١٠) قوله: "فأشبه الشهادة إلخ" فكما جوز الشهادة على الشهادة لإحياء حقوق العباد، فكذا جوز الكتاب لذلك، ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم أنه مخالف للقياس، فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان. (عناية)

(١١) أي قول القدوري. (عناية)

والنكاح[١]، والنسب، والمغصوب، والأمانة المجحودة، والمضاربة المجحودة؛ لأن كل ذلك بمنزلة الدين[٢]، وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه إلى الإشارة، ويقبل[٣] فى العقار[٤] أيضًا، لأن التعريف فيه بالتحديد[٥]، ولا يقبل فى الأعيان[٦] المنقولة للحاجة إلى الإشارة[٧]. وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يقبل فى العبد دون الأمة، لغلبة الإباق فيه[٨] دونها، وعنه أنه يقبل فيهما بشرائط[٩] تعرف فى

---

(١) قوله: "يندرج تحته الدين، والنكاح" بأن ادعى رجل نكاحا على امرأة، أو بالعكس، وكذلك الطلاق إذا ادعت امرأة على زوجها، فإن قيل: الإشارة فى باب النكاح شرط، وكتاب القاضى إلى القاضى فيما يحتاج إلى الإشارة لا يجوز، قيل: الإشارة إلى الخصم شرط، وهو الرجل أو المرأة، وهو ليس بمدعى به إنما المدعى به شيء آخر، وهو نفس النكاح لا نفس المرأة، ولا نفس الرجل، فصار النكاح نظير الدين فى الذمة، والإشارة إلى الغريم شرط، ومع هذا جاز كتاب القاضى فيه، كذا ههنا والنسب بأن ادعى نسبا مثلا من الميت، والغصب، بأن ادعى غصبا على رجل، والأمانة المجحودة من المودع، والمضاربة المجحودة من المضارب، وإنما قيد الأمانة والمضاربة بالمجحودة ليكونا بمنزلة الدين، إذ لو لم تكن مجحودة لكان من جملة الأعيان المنقولة، ولا يقبل كتاب القاضى فيها. (ملخص الحواشى)

قوله: "يندرج تحته إلخ" هو المروى عن محمد، وبه يفتى للضرورة، وفى ظاهر الرواية لا يجوز فى المنقول للحاجة إلى الإشارة إليه عند الدعوى، وعن الثانى تجويزه فى العبد دون الأمة، وعنه تجويزه فى الكل.

قال الإسبيجابى: وعليه الفتوى، والقياس أن لا يجوز، لأن كتابته لا تكون أقوى من عبارته، ولو أخبر القاضى فى محله لم يعمل بإخباره، فكتابته أولى، وإنما جوزناه لأثر على رضى الله عنه، وللحاجة بحر. (رد المحتار)

(٢) والدين يجوز فيه الكتاب، فكذا فيما كان بمنزلته. (ع)

(٣) أى كتاب القاضى إلى القاضى.

(٤) أى فى دعوى العقار.

(٥) أى بيان الحدود الأربعة ولا يحتاج إلى الإشارة. (ع)

(٦) كالدابة والثوب والعبد.

(٧) إلى المدعى به.

(٨) قوله: "لغلبة الإباق [العبد] إلخ" فإن العبد يخدم خارج البيت غالبًا، فيقدر على الإباق، فيمس الحاجة إلى الكتاب، بخلاف الأمة، فإنها داخل البيت غالبًا. (عناية)

(٩) قوله: "بشرائط" وصفة ذلك بخارى أبق عبد له إلى سمرقند مثلا، فأخذه سمرقندى، وشهود المولى ببخارا، فطلب من قاضى بخارا أن يكتب بشهادة شهوده عنده يجيب إلى ذلك، ويكتب شهد عندى فلان وفلان، بأن العبد الذى من صفته كيت وكيت لملك فلان المدعى اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ليرسلها، ويجعل على كتابه شاهدين، ويعلمهما ما فيه، ويرسله إلى سمرقند فإذا انتهى إلى المكتوب إليه يحضر العبد مع من هو بيديه، ليشهدا عنده عليه بالكتاب، وبما فيه، فيقبل شهادتهما، ويفتح الكتاب، ويدفع العبد إلى المدعى، ولا يقضى له به لأن شهادة شاهدى الملك لم يكن بحضرة العبد، ويأخذ كفيلا من المدعى بنفس العبد، ويجعل فى عنق العبد خاتما من رصاص كى لا يتهم المدعى بالسرقة. ويكتب كتابًا إلى قاضى بخارا، ويشهد شاهدين على كتابه، وختمه، وعلى ما فى الكتاب، فإذا وصل إلى قاضى بخارا، وشهد بالكتاب، وختمه أمر المدعى بإعادة شهوده ليشهدوا بالإشارة إلى العبد أنه حقه وملكه، فإذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد، وكتب إلى ذلك القاضى بما ثبت عنده ليبرأ كفيله. وفى رواية عن أبى يوسف رحمه الله أن قاضى بخارا لا يقضى للمدعى بالعبد، لأن الخصم غائب، ولكن يكتب كتابًا آخر إلى قاضى سمرقند فيه ما جرى عنده، ويشهد شاهدين على كتابه، وختمه وما فيه، ويبعث بالعبد إلى سمرقند حتى يقضى له به بحضرة المدعى عليه، فإذا وصل الكتاب

موضعه[١]. وعن محمد رحمه الله أنه يقبل في جميع ما ينقل ويحول، وعليه المتأخرون رحمهم الله. قال[٢]: ولا يقبل الكتاب[٣] إلا بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين؛ لأن الكتاب يشبه الكتاب، فلا يثبت إلا بحجة[٤] تامة، وهذا[٥] لأنه ملزم، فلا بد من الحجة، بخلاف[٦] كتاب الاستئمان من أهل الحرب، لأنه[٧] ليس بملزم[٨]، وبخلاف رسول القاضي[٩] إلى المزكي[١٠] ورسوله إلى القاضي، لأن الإلزام[١١] بالشهادة لا بالتزكية[١٢]. قال[١٣]: ويجب[١٤] أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه، أو يعلمهم[١٥] به[١٦]؛ لأن لا شهادة بدون العلم، ثم يختمه بحضرتهم[١٧]،

إليه يفعل ذلك، ويبرأ الكفيل، وصفة الكتاب فى الجوارى صفته في العبد غير أن القاضى لا يدفع الجارية إلى المدعى، ولكنه يبعث بها معه على يد أمين كيلا يطأها قبل القضاء بالملك زاعماً أنها ملكه. (عناية)

(١) قوله: "تعرف فى موضعه" وموضعه كتاب الإباق من "المبسوط"، وباب كتاب القاضى إلى القاضى من شرح أدب القاضى للصدر الشهيد، وهو الباب التاسع والخمسون منه، وكتاب أدب القاضى من "الذخيرة". (نهاية)

(٢) أى القدورى فى نسخة العينى: وقال: بالواو. (عينى)

(٣) أى كتاب القاضى إلى القاضى. (ع)

(٤) وهى البينة. (نهاية)

(٥) قوله: "هذا" أى اشتراط الحجة التامة فى كتاب القاضى بأن هذا الكتاب كتاب فلان القاضى، لأنه، أى لأن كتاب القاضى ملزم، فلا بد للملزم من الحجة حتى يثبت بها كونه ملزماً، والحجة هى البينة. (نهاية)

(٦) قوله: "بخلاف كتاب الاستيمان إلخ" يعنى إذا جاء من ملك أهل الحرب فى طلب الأمان فإنه مقبول بغير بينة حتى لو أمنه الإمام صح. (نهاية)

(٧) قوله: "لأنه ليس بملزم" لأن كتاب ملك أهل الحرب ليس بملزم، لأن الإمام بالخيار إن شاء أعطاه الأمان، وإن شاء لم يعطه، فلا يشترط البينة. (ك)

(٨) على الإمام.

(٩) حيث يقبل بغير بينة.

(١٠) قوله: "إلى المزكى" إنما قيد بقوله: إلى المزكى، لأن رسول القاضى إلى القاضى غير معتبر أصلا فى حق لزوم القضاء عليه بالبينة، ولا بغير البينة، وفى جواز كتاب القاضى إلى القاضى وردا لأثر وإجماع التابعين عليه، ولم يرد مثل ذلك فى الرسول فعمل فيه بالقياس. (نهاية)

(١١) على المدعى عليه.

(١٢) قوله: "لا بالتزكية" حتى لو قضى القاضى بالشهادة بدون التزكية صح قضاءه، وإنما التزكية لنوع رجحان الصدق. (نهاية)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) قوله: "ويجب" أى يجب على القاضى الكاتب أن يقرأ كتابه الذى كتب إلى قاضٍ آخر على الشهود الذين يشهدهم كتابه الكتاب. (نهاية)

(١٥) الشهود.

(١٦) أى بما فيه.

(١٧) الشهود.

ويسلمه إليهم[(١)]، كي لا يتوهم التغيير، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، لأن علم ما في الكتاب، والختم بحضرتهم شرط، وكذا[(٢)] حفظ[(٣)] ما في الكتاب عندهما، ولهذا يدفع[(٤)] إليهم كتابًا آخر غير مختوم ليكون معهم[(٥)] معاونة على حفظهم. وقال أبو يوسف رحمه الله آخراً[(٦)]: شيء من ذلك[(٧)] ليس بشرط، والشرط أن يشهدهم[(٨)] أن هذا كتابه وخاتمه. وعن أبي يوسف رحمه الله أن الختم ليس بشرط أيضًا، فسهل[(٩)] في ذلك لما ابتلي بالقضاء، وليس الخبر كالمعاينة[(١٠)]، واختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله قول أبي يوسف رحمه الله[(١١)].

قال[(١٢)]: فإذا وصل إلى القاضي[(١٣)] لم يقبله إلا بحضرة الخصم؛ لأنه بمنزلة أداء الشهادة[(١٤)]، فلا بد من حضوره، بخلاف سماع القاضي الكاتب[(١٥)]، لأنه للنقل لا للحكم. قال[(١٦)]: فإذا سلمه الشهود إليه[(١٧)] نظر إلى ختمه، فإذا شهدوا[(١٨)] أنه كتاب

(١) قوله: "ويسلمه إليهم" أي إلى الشهود، وعمل القضاة اليوم أنهم يسلمون المكتوب إلى المدعي، وهو قول أبي يوسف رحمهم الله تعالى، وهو اختيار الفتوى على قول شمس الأئمة، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يسلم المكتوب إلى الشهود، كذا وجدت بخط شيخي رحمه الله. (ن)

(٢) أي يشترط.

(٣) قوله: "حفظ" أي من وقت التحمل إلى وقت الأداء، كما في جميع الشهادات.

(٤) القاضي الكاتب.

(٥) الشهود.

(٦) وأولا ما قال الإمام.

(٧) أي علم ما في الكتاب والختم والحفظ.

(٨) قوله: "والشرط أن يشهدهم إلخ" وأجمعوا في الصك على أن الإشهاد لا يصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب. (ن)

(٩) أبو يوسف.

(١٠) يعني أن أبا يوسف عاين ذلك فهو أعرف منا.

(١١) تيسراً على الناس. (ع)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) قوله: "فإذا وصل [أي كتاب القاضي] إلخ" لما فرغ عن بيان الأحكام المتعلقة بجانب القاضي الكاتب شرع في بيان الأحكام المتعلقة بجانب المكتوب إليه. (ع)

(١٤) قوله: "لأنه [أي الكتاب] إلخ" أو لأن ذلك في معنى الشهادة على الشهادة، فإن القاضي الكاتب ينقل ألفاظ الشهود بكتابه إلى القاضي المكتوب إليه، كما أن شاهد الفرع ينقل شهادة الأصل بعبارته، ولا يسمع الشهادة على الشهادة إلا بمحضر من الخصم، فكذا ههنا. (ك)

(١٥) قوله: "بخلاف سماع القاضي الكاتب" أي فإنه يسمع شهادة شهود المدعي مع أن الخصم وهو المدعى عليه ليس بحاضر. (نهاية)

(١٦) أي القدوري. (عيني)

(١٧) أي إلى القاضي المكتوب إليه.

فلأن القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقضاءه، وقرأه علينا، وختمه، فتحه القاضي [١] وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه [٢]، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا شهدوا أنه كتابه، وخاتمه قبله على ما مر [٣]، ولم يشترط في الكتاب [٤] ظهور العدالة للفتح، والصحيح أنه يفض [٥] الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف رحمه الله، لأنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود [٦].

وإنما يمكنهم أداء الشهادة [٧] بعد قيام الختم، وإنما يقبله [٨] المكتوب إليه إذا كان الكاتب على القضاء، حتى لو مات أو عزل، أو لم يبقَ أهلا للقضاء [٩] قبل وصول الكتاب [١٠] لا يقبله، لأنه التحق بواحد [١١] من الرعايا [١٢]، ولهذا [١٣] لا يقبل إخباره قاضيًا آخر في غير عمله [١٤]، أو في غير عملهما. وكذلك لو مات المكتوب إليه [١٥] إلا إذا كتب إلى فلان ابن فلان قاضي بلد كذا، وإلى كل من يصل إليه [١٦] من قضاة

---

(١٨) الشهود.

(١) المكتوب إليه.

(٢) الكتاب.

(٣) من قوله: وقال أبو يوسف رحمه الله: آخراً الخ.

(٤) قوله: "ولم يشترط في الكتاب [أي في القدوري. ع]" حيث لم يقل: فإذا شهدوا وعدلوا، فعلم بهذا أنه لم يشترط العدالة للفتح. (ن)

(٥) أي يفتح. (۶) فض: شكستن مهر نامه. (من)

(٦) قوله: "لأنه ربما إلخ" أي لأن العدالة متى لم تظهر يحتاج إلى أن يزيد في شهوده لعدم ظهور عدالة هؤلاء. (مل)

(٧) يشهدون أن هذا كتاب، فلان القاضي، وختمه، وأما إذا فك الخاتم فلا يمكنهم ذلك.

(٨) الكتاب.

(٩) قوله: "أو لم يبق أهلا للقضاء" لجنون أو إغماء، أو فسق إذا تولى وهو عدل، ثم فسق على ما مر من قول بعض المشايخ. (۶)

(١٠) أو بعد الوصول قبل القراءة.

(١١) قوله: "لأنه التحق إلخ" هذا ظاهر فيما إذا عزل، أما في الموت، أو في الخروج عن الأهلية فليس بظاهر، لأن الميت أو المجنون لا يلحق بواحد من الرعايا، ويمكن أن يقال: يعلم ذلك بالأولى، وذلك لأنه إذا كان حيًا، وعلى أهلية القضاء لم يبقَ كلامه حجة، فلأن لا يبقى الموت أو الخروج عن الأهلية أولى. (عناية)

(١٢) فلا ينفذ الحكم بكتابه.

(١٣) أي لكونه ملتحقًا بواحد من الرعايا.

(١٤) قوله: "لا يقبل إخباره إلخ" أي إذا أخبر القاضي قاضيًا آخر في غير عمل المخبر لا يقبل، وقاضيان لو التقيا في مصر ليس من عملهما، فقال أحدهما للآخر: ثبت عندي لفلان كذا، فأعمل بما يحق لك لم يقبل منه، ولم ينفذ، لأن السماع وجد من غير القاضي حيث لم يكن في مكان ولايته. (عيني)

(١٥) قوله: "وكذلك لو مات إلخ" أي لا يفيد كتاب القاضي فيه أيضًا بل يبطل حكمه. (نهاية)

المسلمين، لأن غيره صار تبعًا له[١] وهو معرف، بخلاف ما إذا كتب[٢] ابتداء إلى كل من يصل إليه على ما عليه مشايخنا رحمه الله، لأنه غير معرف[٣]، ولو كان مات[٤] الخصم[٥] ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه[٦].

ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص؛ لأن فيه شبهة البدلية[٧] فصار كالشهادة على الشهادة[٨]، ولأن مبناهما على الإسقاط، وفي قبوله سعي في إثباتهما[٩].

فصل آخر[١٠]

ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص اعتبارًا بشهادتها[١١] فيهما، وقد مر الوجه[١٢]، وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء[١٣] إلا أن يفوض

---

(١٦) الكتاب.

(١) وكم من شيء يجوز تبعًا، وإن كان لا يجوز قصدًا.

(٢) قوله: "بخلاف ما إذا كتب إلخ" أي كتب من فلان ابن فلان قاضي بلد كذا إلى من يصل إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز توسع فيه لما ابتلي بالقضاء. (ك)

(٣) قوله: "لأنه غير معرف" حاصل الكلام أنه في الصورة الأولى صرح الكاتب باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم، فأتى بما هو شرط، هو أن يكون من معلوم إلى معلوم، ثم يصير غيره تبعًا له، وفي الصورة الثانية من معلوم إلى مجهول، والعلم فيه شرط. (عيني)

(٤) أي قبل وصول كتاب القاضي إلى القاضي.

(٥) أي المدعى عليه.

(٦) قوله: "ينفذ إلخ" سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده. (عناية)

(٧) قوله: "البدلية" فإن الشهود الأصول شهدوا عند الكاتب، وكتب شهادتهم، ونقلت في الكتاب.

(٨) وهي غير مقبولة فيهما.

(٩) فلا يقبل.

(١٠) قوله: "فصل آخر" قال في "النهاية": قد ذكرنا أن كتاب القاضي إذا كان سجلا اتصل به قضاءه يجب على القاضي المكتوب أمضاه إذا كان في محل مجتهد فيه، بخلاف الكتاب الحكمي، فإن الرأى له في التنفيذ والرد، فلذلك احتاج إلى بيان تعدد محال الاجتهاد بذكر أصل يجمعها. وهذا الفصل لبيان ذلك، وما يلحقه، وهذا يدل على أن الفصل من تتمة كتاب أدب القاضي إلى القاضي لكن قوله: آخر ينافي ذلك، لأنه ليس في ذلك الكتاب فصل قبل هذا، حتى يقول: فصل آخر، والأولى أن يجعل هذا فصلا آخر في أدب القاضي فإنه تقدم فصل الحبس، وهذا فصل آخر. (ع)

(١١) المرأة.

(١٢) قوله: "وقد مر الوجه" أي في أول أدب القاضي أن حكم القضاء يستقي من حكم الشهادة، لأن كل واحد منهما من باب الولاية، فكل من كان أهلا للقضاء فهو أهل للشهادة، وهي أهل للشهادة في غير الحدود والقصاص، فهي أهل للقضاء في غيرهما. وقيل: أراد به ما مر من قبل بخطوط من قوله: لأن فيه شبهة البدلية، فلا يعتبر فيهما شهادتها لذلك، كما سيجيء، وقضاءها مستفاد من شهادتها. (ع)

(١٣) بعذر أو غيره. (ع)

إليه ذلك[١]؛ لأنه قلد القضاء دون التقليد به[٢]، فصار كتوكيل الوكيل[٣]، بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث يستخلف[٤]، لأنه على شرف[٥] الفوات لتوقته[٦]، فكان الأمر به إذنا في الاستخلاف دلالة[٧]، ولا كذلك القضاء[٨].

ولو قضى الثاني[٩] بمحضر من الأول، أو قضى الثاني[١٠] فأجاز الأول جاز، كما في الوكالة[١١]، وهذا[١٢] لأنه حضره رأي الأول[١٣]، وهو الشرط، وإذا فوض إليه[١٤] يملكه، فيصير الثاني نائبًا عن الأصيل[١٥]، حتى لا يملك الأول عزله[١٦]، إلا

---

(١) الاستخلاف.

(٢) أي بالقضاء. (ع)

(٣) لا يجوز له التوكيل إلا إذا فوض إليه ذلك. (عناية)

(٤) قوله: "حيث يستخلف [وإن لم يأذن له ذلك] إلخ" لكن استخلاف الإمام غيره في الجمعة إنما يجوز أن لو كان ذلك الغير سمع الخطبة، وأما إذا لم يكن ذلك الغير شهد الخطبة لم يجز له أن يصلي بهم الجمعة، لأن الخطبة من شرائط افتتاح الجمعة، فإذا لم يستجمع شرائطها لم يجز له افتتاحها كالأول. فإن قيل: يشكل هذا بما لو افتتح الأول الصلاة، ثم سبقه الحدث، فاستخلف من لم يشهد الخطبة حيث يجوز، قلنا: لأن هناك الثاني بان، وليس بمفتتح، والخطبة من شرائط الافتتاح، وقد وجد ذلك في حق الأصل، فيغني عن اعتباره في حق التبع. (ن)

(٥) شرف محركة برامر بزرگ رسيدن از خير يا از شر.

(٦) أي لتوقت أداء الجمعة بوقت يفوت بانقضاءه.

(٧) وإن لم يكن صريحًا.

(٨) قوله: "ولا [أي ليس القضاء كالجمعة. ع] كذلك القضاء" لأن القضاء غير موقت، ولا يفوت بتأخيره عند العذر، والجمعة موقتة تفوت بتأخيرها عند العذر إذا لم يستخلف، ومن ولاه لما أمره بذلك مع علمه أنه قد يعرض له عارض يمنعه من أداءها في الوقت، فقد صار راضيًا باستخلافه. (ك)

(٩) أي لو فرضنا أنه استخلف وقضى إلخ. (ع)

(١٠) عند غيبة الأول. (ن)

(١١) قوله: "كما في الوكالة" فإن الوكيل إذا وكل غيره، ولم يأذن له الموكل ذلك فعقد وكيله بحضرته، أو بغير حضرته، وأجاز الوكيل الأول جاز. (ك)

(١٢) أي الجواز للمسألتين يصلح دليلا، أي مسألة القضاء ومسألة الوكالة.

(١٣) وكان رأيه معتمداً عليه للخليفة.

(١٤) قوله: "وإذا فوض إليه" أي إذا فوض القضاء إلى القاضي يملك القاضي الاستخلاف حينئذ، وهو أن يقول الخليفة للقاضي: ولّ من شئت كان له أن يولي غيره، قيل: ماالفرق بين الوصي والقاضي، فإن كلا منهما مفوض إليه من جهة الغير، والوصي يملك التفويض إلى غيره توكيلا وإيصاء.

وأجيب بأن أوان وجوب الوصايا ما بعد الموت، وقد يعجز الوصي عن الجرى على موجب الوصاية، ولا يمكنه الرجوع إلى الموصى، فيكون الموصى راضيًا بالاستعانة من غيره، ولا كذلك القضاء. (مل)

(١٥) أي الخليفة. (ك)

(١٦) الثاني.

إذا فوض إليه[١] العزل، هو الصحيح.

قال: وإذا[٢] رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه[٣]، إلا أن يخالف الكتاب[٤]، أو السنة[٥]، أو الإجماع[٦]، بأن يكون[٧] قولا لا دليل عليه.

وفي "الجامع الصغير"[٨]: وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي، ثم جاء

---

(١) أي إلى الأول.

(٢) هذه مسألة القدوري.

(٣) أي نفذه.

(٤) قوله: "إلا أن يخالف الكتاب" كالحكم بحل متروك التسمية عامداً، فإنه مخالف لقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾. (ع)

قوله: "إلا أن يخالف إلخ" إذا رفع إليه حكم قاض خرج المحكم، ودخل الميت والمعزول، والمخالف لرأيه، لأنه نكرة في سياق الشرط، فتعم آخر قيد اتفاقي إذ حكم نفسه قبل ذلك كذلك ابن كمال نفذه، أي ألزم الحكم والعمل بمقتضاه لو مجتهداً فيه عالماً باختلاف الفقهاء فيه، فلو لم يعلم لم يجز قضاءه، ولا يمضيه الثاني في ظاهر المذهب. (زيلعي وعيني، وابن كمال) لكن في "الخلاصة": ويفتي بخلافه، وكأنه تيسيرا، فليحفظ بعد دعوى صحيحة من خصم على خصم حاضر، وإلا كان افتاء، فيحكم بمذهبه لا غير. (بحر) وسيجيء آخر الكتاب: وأنه إذا ارتاب في حكم الأول له طلب شهود الأصل، قال: وبه عرف أن تنافيذ زماننا لا تعتبر لترك ما ذكر، وقد تعارفوا في زماننا القضاء بالموجب، وهو عبارة عن المعنى المتعلق بما أضيف إليه في ظن القاضي شرعاً من حيث إنه يقضى به، فإذا حكم حنفي بموجب بيع المدبر كان معناه الحكم ببطلان البيع. ولو قال الموثق: وحكم بمقتضاه لا يصح، لأن الشيء لا يقتضي بطلان نفسه، وبه ظهر أن الحكم بالموجب أعم إلا ما عرى عن دليل، أو خالف كتاباً لم يختلف في تأويله السلف كمتروك التسمية، أو سنة مشهورة كتحليل بلا وطئ لمخالفته حديث العسيلة المشهورة، أو إجماعاً كحل المتعة لإجماع الصحابة على فساده، وكبيع أم ولد على الأظهر، وقيل: ينفذ على الأصح، ومن ذلك ما لو قضي بشاهد ويمين المدعي لمخالفته للحديث المشهور: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر». أو بقصاص بتعيين الولي واحداً من أهل المحلة، أو بصحة نكاح المتعة، أو الموقت، أو بصحة بيع معتق البعض، أو بسقوط الدين بمضي سنين، أو بصحة طلاق الدور، وبقاء النكاح وقضاء عبد وصبي وكافر أبداً ونحو ذلك كالتفريق بين الزوجين بشهادة المرضعة لا ينفذ في الكل، وعد منها في الأشباه نيفاً وأربعين، وذكر في الدرر لما ينفذ سبع صور، والأصل أن القضاء يصح في موضع الاختلاف لا الخلاف. (در مختار)

(٥) قوله: "أو السنة" أي المشهورة منها كالحكم في المطلقة ثلاثاً بثبوت الحل بنفس العقد بدون الوطئ فإنه يخالف الحديث المشهور، وهو حديث رفاعة: لا، حتى تذوقي من عسيلته، ويذوق هو من عسيلتك. (ك)

(٦) قوله: "أو الإجماع" كالحكم بجواز بيع متروك التسمية عمداً، فإنه مخالف لما اتفقوا عليه في الصدر الأول، فكان قضاءه بخلاف الإجماع. (ك)

(٧) قوله: "بأن يكون إلخ" وفي بعض النسخ: أو يكون قولا لا دليل عليه، كما إذا مضى على الدين سنون، فحكم بسقوط الدين عمن عليه، لتأخير المطالبة، فإنه لا دليل شرعي يدل على ذلك، كذا في "العناية". (مل)

(٨) قوله: "وفي الجامع إلخ" إنما ذكر رواية "الجامع الصغير" بهذا اللفظ المذكور، لأن فيه فائدتين أحدهما: أنه قيد فيه بالفقهاء، لأن القاضي إذا كان غير عالم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاءه بموضع الاجتهاد، فعلى قول العامة لا يجب على الثاني تنفيذ حكمه. والثانية: أنه قيد بقوله: يرى غير ذلك، ففي رواية القدوري لم يتعرض ذلك، وكان يحتمل أن يحمل قوله: أمضاه فيما إذا كان رأي القاضي الثاني موافقا لحكم الأول، وأما إذا كان مخالفاً فلا يمضيه، وأما رواية "الجامع الصغير" فتحكم، بأن ذلك الإمضاء عام سوى المستثنيات من مخالفة الكتاب أو السنة أو الإجماع فإنه لما كان يمضي حكم القاضي الأول فيما يخالف رأيه ينفذ فيما كان يوافقه أولى. (نهاية)

قاضٍ آخر يرى غير ذلك أمضاه[١]، والأصل[٢] أن القضاء متى لاقى فصلا مجتهداً فيه ينفذ، ولا يرده غيره، لأن اجتهاد الثانى كاجتهاد الأول[٣]، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به، فلا ينقض[٤] بما هو دونه[٥].

ولو قضى[٦] في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله، وإن كان[٧] عامداً ففيه روايتان، ووجه النفاذ[٨] أنه ليس بخطأ بيقين[٩]، وعندهما لا ينفذ فى الوجهين[١٠]، لأنه قضى بما هو خطأ عنده[١١]، وعليه الفتوى، ثم المجتهد فيه[١٢] أن لا يكون مخالفًا؛ لما ذكرنا، والمراد بالسنة المشهورة منها، وفيما اجتمع عليه الجمهور[١٣] لا يعتبر مخالفة البعض[١٤] وذلك خلاف، وليس

---

(١) القضاء الأول.

(٢) قوله: "والأصل" أى فى تنفيذ القاضى ما رفع إليه إذا لم يكن مخالفاً للأدلة المذكورة أن إلخ. (ع)

(٣) فى احتمال الخطأ.

(٤) الأول، وإلا فينقض الثانى بالثالث وهكذا.

(٥) أى أدنى درجة منه، وهو ما لم يتصل القضاء به. (ن)

(٦) القاضى.

(٧) أى يتعمد مخالفة مذهبه.

(٨) قوله: "ووجه النفاذ [وهو دليل النسيان أيضًا. ع] إلخ" ووجه عدم النفاذ أنه زعم فساد قضاءه وهو مؤاخذ بقضاءه بزعمه. (ع)

(٩) لكونه مجتهداً فيه. (عناية)

(١٠) النسيان والعمد.

(١١) فهو زاعم بفساد قضاءه.

(١٢) قوله: "ثم المجتهد فيه إلخ" لما ذكر أن حكم الحاكم فى محل مجتهد فيه ماض أراد أن يبين المجتهد فيه، فقال: ثم المجتهد فيه ما لا يكون مخالفًا لما ذكرناه من الكتاب والسنة المشهورة والإجماع، فإذا حكم حاكم بخلاف ذلك ورفع إلى آخر لم ينفذه، ولو نفذ ثم رفع إلى قاض ثالث نقض، لأنه باطل بخلاف المجتهد فيه، فإذا رفع إلى الثانى نفذه كما مر، فإن نقضه فرفع إلى ثالث فإنه ينفذ القضاء الأول، ويبطل الثانى، لأن الأول كان فى محل الاجتهاد، وهو نافذ بالإجماع.
والثانى مخالف للإجماع فلا ينفذ، والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذى لم يختلف السلف فى تأويله كقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾، فإن السلف اتفقوا على عدم جواز تزويج امرأة الأب وجاريته، ووطئها إن وطئها الأب، فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من رفع إليه. (ع)

(١٣) أى أجل الناس، وأكثرهم. (ع)

(١٤) قوله: "لا يعتبر إلخ" فعلى هذا إذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه الأكثر كان حكمه على خلاف الإجماع نقضه من رفع إليه، وينبغى أن يحمل كلام المصنف هذا على ما إذا كان الواحد المخالف مما لم يسوغ اجتهاده ذلك، وأنكر الجميع قوله كقول ابن عباس فى جواز ربا الفضل، فإنه لم يسوغ له ذلك حتى روى أنه رجع إلى قولهم، ولم يتبعه أحد، وأنكروا عليه. فإذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه، لأن الإجماع منعقد على الحرمة بدونه، فأما إذا سوغ له ذلك لم ينعقد الإجماع بدونه، كقول ابن عباس فى اشتراط حجب الأم من الثلث إلى السدس بالجمع من

باختلاف، والمعتبر الاختلاف في الصدر الأول(١).

قال(٢): وكل شيء قضى به القاضى فى الظاهر بتحريمه(٣)، فهو فى الباطن كذلك(٤) عند أبى حنيفة رحمه الله، وكذا إذا قضى بإحلال(٥)، وهذا إذا كانت الدعوى بسبب معين(٦)، وهى مسألة قضاء القاضى فى العقود(٧)، والفسوخ بشهادة الزور، وقد مرت في النكاح.

قال: ولا يقضى(٨) القاضى على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه(٩)، وقال الشافعى رحمه الله: يجوز(١٠) لوجود الحجة، وهى البينة، فظهر الحق، ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة(١١)، ولا منازعة بدون الإنكار(١٢)، ولم يوجد(١٣)، ولأنه(١٤)

الأخوة، فإن حكم به حاكم لم يكن مخالفًا للإجماع. (عناية)

(١) قوله: "والمعتبر الاختلاف إلخ" معناه أن الاختلاف الذى يجعل المحل مجتهداً فيه هو الاختلاف الذى كان بين الصحابة والتابعين، لا الذى يقع بعدهم وعلى هذا إذا حكم الشافعى أو المالكى برأيه بما يخالف رأى من تقدم عليه من الصدر الأول، ورفع ذلك إلى حاكم لم ير بذلك كان له أن ينقضه. (ع)

(٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٣) أى فيما بيننا. (ع)

(٤) قوله: "فهو فى الباطن [أى عند الله. ع] كذلك [أى حرام]" ومن صوره: امرأة ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثًا، وأقامت بينة كاذبة، وقضى القاضى بالفرقة، وتزوجت بآخر بعد انقضاء العدة، فعلى قول أبى حنيفة وقول أبى يوسف رحمهما الله أولا: لا يحل للزوج الأول وطئها ظاهراً وباطنًا، ويحل للثانى ظاهراً وباطنًا علم بحقيقة الحال أو لا، وعلى قول محمد رح لا يحل للثانى وطئها إذا كان عالمًا بحقيقة الحال. (عينى)

(٥) قوله: "وكذا إذا قضى إلخ" يعنى إذا قضى القاضى بإحلال شيء فى الظاهر فهو فى الباطن كذلك، ومن صوره رجل ادعى على امرأة نكاحا، وهى تجحد، فأقام عليها شاهدى زور، وقضى القاضى بالنكاح بينهما حل للزوج وطئها، وحل للمرأة التمكين عند أبى حنيفة، وعند محمد رحمه الله لا يحل لهما ذلك. (عينى)

(٦) قوله: "بسبب معين [كنكاح، أو بيع، أو طلاق، أو عتاق لا فى الأملاك المرسلة. عناية]" وأما لو ادعى ملكا مطلقًا بلا بيان السبب فالقضاء فيها بشهادة الزور لا ينفذ باطنا بالإجماع، لأن هناك لا يمكن تصحيح القضاء باطنا، لأنه لا يمكن إنشاء الملك سابقًا، لأن إنشاء الملك مطلقًا بلا سبب ليس فى وسع العباد، وتعذر إنشاء السبب، لأن فى أسباب الملك كثرة، وليس البعض بأولى من البعض. (نهاية)

(٧) قوله: "فى العقود" منها ما إذا قضى بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشترى مثل ما إذا قال: بعتنى هذه الجارية، أو من جهة البائع، مثل ما إذا قال: اشتريت منى هذه الجارية، فإنه يحل للمشترى وطئها فى الوجهين جميعًا. ومن الفسوخ ما إذا ادعى أحد المتعاقدين فسخ العقد فى الجارية، وأقام شاهدى زور، وقضى القاضى بالفرقة(ع)

(٨) هذا قول القدورى.

(٩) كالوكيل.

(١٠) قوله: "يجوز" أى إذا غاب عن البلد، أو عن مجلس الحكم، واستتر فى البلد، وإلا لا، لأن فى الاستتار تضييع الحقوق دون غيره. (ع)

(١١) قوله: "لقطع المنازعة" لأن الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب، ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل إلا أن الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة، ولهذا إذا كان الخصم حاضراً وأقر بالحق لا حاجة إليها. (عينى)

يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم، فيشتبه وجه القضاء، لأن أحكامهما[1] مختلفة. ولو أنكر[2] ثم غاب، فكذلك الجواب[3]، لأن الشرط[4] قيام الإنكار وقت القضاء، وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله[5]، ومن يقوم مقامه[6] قد يكون نائبًا بإنابته كالوكيل أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي[7]، وقد يكون حكمًا[8] بأن كان ما يدعى على الغائب سببًا لما يدعيه[9] على الحاضر[10]، وهذا[11]

---

(١٢) قوله: "ولا منازعة بدون الإنكار" فإن قيل: قد عملتم بالشهادة بدون الإنكار إذا حضر الخصم وسكت، أجيب بأن الشرع أنزله منكرًا حملا لأمره على الصلاح، إذ الظاهر من حال المسلم أن لا يسكت لو كان عليه دين.

وإن قال: سلمنا أن لا منازعة إلا بانكار لكنه موجود ظاهرًا فيما نحن فيه، فإن الأصل عدم الإقرار، إذ الأصل في اليد الملك، قلنا: ممنوع، فإن الظاهر من حالة الإقرار لأن المدعي صادق ظاهرًا لوجود ما يصرفه عن الكذب من العقل فهو لا يترك الإقرار بعقله ودينه أيضًا. (ع)

(١٣) قوله: "ولم يوجد [أي الإنكار]" والبينة بدون حضوره ليس بحجة لاحتمال أن يطعن في الشهود، أو يسلم الدعوى ويدعى الأداء.

(١٤) دليل آخر على المطلوب، والضمير للشان. (ع)

(١) قوله: "لأن أحكامهما" أي أحكام القضاء مع البينة عند الإنكار، وأحكام القضاء مع الإقرار مختلفة، فإن حكم القضاء بالبينة يقع على الناس كافة، وعلى الأصل لا على الاقتصار في الحال، وحكم القضاء بالإقرار بخلافه.

بيانه: رجل اشترى جارية، فولدت عنده، فاستحقها رجل بالبينة، فإنه يأخذها وولدها، وإن أقر بها لم يأخذ ولدها، لأن البينة حجة مطلقة، لأنها كاسمها مبينة مظهرة ملك الجارية من الأصل، فيكون الولد متفرعًا من جارية مملوكة للمستحق، ولهذا يرجع الباعة بعضهم على البعض، بخلاف الحكم بالإقرار فإنه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير، ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على البعض. (كفاية)

(٢) المدعى عليه.

(٣) قوله: "فكذلك الجواب [لأن البينة إنما تصير حجة بالقضاء. عناية]" يعني لا يقضي القاضي في غيبته وإن وجد منه الإنكار، وكذا إذا أنكر، وسمع البينة ثم غاب قبل القضاء. (ع)

(٤) أي شرط صحة البينة. (ن)

(٥) قوله: "وفيه خلاف أبي يوسف" فإنه يقول: الشرط الإصرار على الإنكار إلى وقت القضاء، وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب، وأجيب بأن الاستصحاب يصلح للدفع لا للإثبات. (ع)

(٦) قوله: "ومن يقوم إلخ" لما ذكر أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا أن يحضر من يقوم مقامه بين ذلك. (ع)

(٧) قوله: "كالوصي إلخ" احتراز عن المسخر من جهة القاضي، فإن فيه اختلاف الروايتين، فإنه ذكر في "الذخيرة": إذا نصب القاضي مسخرًا عن الغائب لا يجوز، ولو حكم عليه لا يجوز حكمه عليه، وتفسير المسخر: أن ينصب القاضي وكيلا عن الغائب ليسمع الخصومة عليه. (نهاية)

(٨) أي من حيث الحكم. (ك)

(٩) قوله: "سببًا [أي سببًا لازما. ع] لما يدعيه إلخ" أي سببًا لا محالة، أما إذا لم يكن سببًا لا محالة لا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب كما إذا قال لامرأة رجل غائب: إن زوجك وكلني أن أحملك إليه، فقالت المرأة: إنه كان طلقني ثلاثًا، وأقامت على ذلك بينة، قبلت بينتها في قصر يد الوكيل عنها لا في حق إثبات الطلاق على الغائب، حتى لو حضر الغائب وأنكر الطلاق فالمرأة تحتاج إلى إعادة البينة، لأن المدعى به على الغائب وهو الطلاق ليس سببًا لثبوت ما يدعى على الحاضر، وهو قصر يد الوكيل، فإن الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل، بأن لم يكن وكيلا

فى غير صورة فى الكتب، أما إذا كان[١] شرطًا لحقه[٢]، فلا يعتبر به[٣] فى جعله[٤] خصمًا عن الغائب، وقد عرف تمامه فى "الجامع[٥]".

قال[٦]: ويقرض القاضى أموال اليتامى[٧]، ويكتب[٨] ذكر الحق؛ لأن فى الإقراض مصلحتهم لبقاء الأموال[٩] محفوظة[١٠] مضمونة، والقاضى يقدر على الاستخراج، والكتابة لتحفظه. وإن أقرض الوصى ضمن[١١]؛ لأنه[١٢] لا يقدر على

بالحمل قبل الطلاق، وقد يوجب بأن كان كيلا بالحمل قبل الطلاق، فكان المدعى على الغائب سببًا لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه، فقلنا: إنه يقضى بقصر يد الوكيل، ولا يقضى بالطلاق والعتاق عملا بهما. (ك)

(١٠) قوله: "على الحاضر" كما إذا ادعى دارًا فى يد رجل أنها داره اشتراها من فلان الغائب، وهو يملكها، وأنكر ذو اليد، وقال: الدار دارى، وأقام المدعى بينة على دعواه قبلت بينته، ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب، وينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، لأن ما يدعى على الغائب وهو الشرى منه سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر، لأن الشرى من المالك سبب له لا محالة. (ك)

(١١) قوله: "وهذا [أى له نظائر فى الكتب] فى غير صورة إلخ" منها إذا ادعى الشفعة فى دار إنسان، وقال ذو اليد: الدار دارى ما اشتريتها من أحد، فأقام المدعى البينة أن ذا اليد اشترى هذه الدار من فلان بألف درهم، وهو يملكها، وأنه شفيعها يقضى بالشرى فى حق ذى اليد والغائب جميعًا. (ن)

(١) أى ما يدعى على الغائب.

(٢) أى لحق المدعى على الحاضر.

(٣) قوله: "فلا يعتبر به" هذا قول عامة المشايخ، وأما على قول بعض المتأخرين منهم فخر الإسلام على البزدوى، وشمس الإسلام محمود الأوزجندى رحمه الله: فللشرط اعتبار أيضًا كما للسبب، لأن دعوى المدعى كما يتوقف على السبب يتوقف على الشرط أيضًا. وصورته رجل قال لامرأته: إن طلق فلان امرأته فأنت طالق، ثم إن امرأة الحالف ادعت عليه أن فلانًا طلق امرأته، وفلان غائب، وأقامت البينة لا يقبل منها هذه البينة، ولا يحكم بوقوع الطلاق عليها، وقد أفتى بعض المتأخرين بقبول هذه البينة هذا إذا كان شرطًا يتضرر به الغائب، أما إذا كان شرطًا لا يتضمن ضررًا كما لو قال لامرأته: إن دخل فلان الدار فأنت طالق، ثم إن المرأة أقامت البينة أن فلانا دخل الدار، وفلان غائب يقبل هذه البينة، ويحكم بوقوع الطلاق عليها. (كفاية)

(٤) الحاضر.

(٥) الصغير.

(٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٧) للتفاوت.

(٨) قوله: "ويكتب" أى يكتب كتابًا، وهو الصك لأجل ذكر الحق وهو الأقراض.

(٩) قوله: "لبقاء الأموال محفوظة" فإن القاضى لكثرة اشتغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه وبالوديعة، وإن حصل الحفظ لم تكن مضمونة بالهلاك، فلم تكن مضمونة بالقرض تصير محفوظة مضمونة.

فإن قيل: نعم، هو كذلك لكن لم يومن من التوى لجحود المستقرض، أجاب بقوله: والقاضى يقدر على الاستخراج لكونه معلومًا له، وبالكتابة يحصل الحفظ، وينتفى النسيان. (ف)

(١٠) قوله: "محفوظة" ولو كان المستقرض معسرًا فى الابتداء لا يجوز له أن يقرضه مال اليتيم. (كفاية)

(١١) قوله: "وإن أقرض الوصى [مال اليتامى] إلخ" أى ليس للوصى أن يقرض، فإن فعل ضمن، لأن الحفظ والضمان وإن كانا موجودين بالإقراض لكن مخافة التوى مانعة لعدم قدرته على الاستخراج، لأنه ليس كل قاضى يعدل،

الاستخراج، والأب بمنزلة الوصى [١] فى أصح الروايتين [٢] لعجزه [٣] عن الإستخراج.

باب التحكيم [٤]

وإذا حكّم [٥] رجلان رجلا، فحكم بينهما، ورضيا بحكمه جاز؛ لأن لهما ولاية على أنفسهما، فصح تحكيمهما، وينفذ حكمه عليهما [٦]، وهذا إذا كان المحكّم بصفة الحاكم، لأنه بمنزلة القاضى فيما بينهما، فيشترط أهلية القضاء [٧]، ولا يجوز [٨] تحكيم الكافر، والعبد، والذمى [٩]، والمحدود فى القذف [١٠]، والفاسق، والصبى [١١]؛ لانعدام أهلية القضاء، اعتباراً [١٢] بأهلية الشهادة، والفاسق إذا حكّم يجب أن يجوز عندنا كما مر [١٣] فى المولّى.

ولكل واحد من المحكّمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما؛ لأنه مقلد من

ولا كل بينة تعدل. (ع)

(١٢) الوصى.

(١) فى إقراض مال الصغير.

(٢) قوله: "فى أصح الروايتين" وبمنزلة القاضى فى رواية، لأن ولاية الأب تعم المال والنفس، كولاية القاضى، وشفقته تمنعه من ترك النظر له، والظاهر أنه يقرضه ممن يأمن جحوده، وإن أخذ الأب قرضاً لنفسه قالوا: يجوز، وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه قال: ليس للأب أن يستقرض مال الصغير لنفسه. (كفاية)

(٣) أب.

(٤) قوله: "باب التحكيم" هذا باب من فروع القضاء، وتأخيره من حيث إن الحكم أدنى مرتبة من القاضى لاقتصار حكمه على من رضى بحكمه، وعموم ولاية القاضى، وهو مشروع بالكتاب، والإجماع.
أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما﴾ والصحابة رضى الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم. (عناية)

(٥) أى فوضا الحكم إليه. (نهاية)

(٦) قوله: "وينفذ حكمه عليهما" لا على غيرهما حتى لو ظفر المشترى بعيب، فحكم هو والبائع رجلا، فرده على البائع بحكمه لم يكن للبائع أن يرده على بائعه. (عينى)

(٧) قوله: "فيشترط أهلية القضاء [من الإسلام والبلوغ، والعقل، والحرية]" فلو حكما امرأة فيما يثبت بالشبهات جاز، لأنها من أهل الشهادة فيها. (ع)

(٨) هذا لفظ القدورى فى "مختصره". (عينى)

(٩) قوله: "والذمى" هذا إن حكم المسلمون، وإن حكم أهل الذمة جاز، لأنه من أهل الشهادة بينهم، وتراضيهما عليه فى حقهما كتقليد السلطان إياه، وتقليد الذمى ليحكم أهل الذمة صحيح، دون أهل الإسلام. (ع)

(١٠) وإن تاب، لأنه ليس من أهل الشهادة عندنا.

(١١) هذا كله من قبيل إضافة المصدر إلى المفعول. (ن)

(١٢) مرتبط بالانعدام.

(١٣) قوله: "كما مر" فى أول أدب القاضى من أن الفاسق لا ينبغى أن يقلد القضاء، ولو قلد جاز. (ع)

جهتهما، فلا يحكم إلا برضاهما جميعًا[١]، وإذا حكم لزمهما[٢]؛ لصدور حكمه عن ولاية عليهما، وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق[٣] مذهبه أمضاه[٤]؛ لأنه لا فائدة في نقضه، ثم في إبرامه[٥] على ذلك الوجه[٦]، وإن خالفه[٧] أبطله؛ لأن حكمه لا يلزمه[٨] لعدم التحكيم منه.

ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص[٩]؛ لأنه لا ولاية[١٠] لهما[١١] على دمهما، ولهذا لا يملكان الإباحة[١٢]، فلا يستباح[١٣] برضاهما. قالوا[١٤]: وتخصيص[١٥] الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات[١٦]

(١) قوله: "فلا يحكم إلخ" لأن ما كان وجوده من شيئين لا بد له من وجودهما، وأما عدمه فلا يحتاج إلى عدمهما بل بعدم أحدهما، وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الإخراج إلا باتفاقهما أيضًا.

فإن قيل: إخراج أحدهما سعي في نقض ما تم من جهته، قلنا: ما تم الأمر، وإنما التمام بعد الحكم، ولا نقض حينئذ فإنه لا رجوع لواحد منهما حينئذ. (عناية)

(٢) الحكم، كالقاضي إذا قضى ثم عزل فإنه لازم. (ع)

(٣) ذلك الحكم.

(٤) قوله: "أمضاه" وفائدة إمضاءه أنه لو رفع إلى حاكم يخالف مذهبه لم يتمكن من نقضه، ولو لم يمض لتمكن، لأن إمضاء الأول بمنزلة حكم نفسه. (عناية)

(٥) إبرام استوار كردن. (م)

(٦) أي على الوجه الذي حكم المحكم.

(٧) الحكم أي مذهب القاضي.

(٨) قوله: "لأن حكمه لا يلزمه" بخلاف حكم الحاكم كما تقدم، فإنه لا يبطله الثاني، وإن خالف مذهبه لعموم ولايته، فكان قضاءه حجة في حق الكل، فلا يجوز لقاض آخر أن يرده. (عناية)

(٩) قوله: "ولا يجوز التحكيم إلخ" لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقًا لله تعالى باتفاق الروايات، لأن الإمام هو المتعين لاستيفاءها، وأما في حد القذف والقصاص فقد اختلف فيه، قال شمس الأئمة من أصحابنا: من قال: التحكيم في حد القذف والقصاص جائز، وذكر في "الذخيره" عن صلح "الأصل": أن التحكيم في القصاص جائز، لأن الاستيفاء إليهما، وهما من حقوق العباد، فيجوز التحكيم كما في الأموال، وذكر الخصاف أن التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص، واختاره المصنف رحمهم الله تعالى. (عناية)

(١٠) قوله: "لأنه لا ولاية إلخ" هو دليل القصاص، ولم يذكر دليل الحدود، قالوا في ذلك: لأن حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين، فكانت فيه شبهة، والحدود والقصاص لا يستوفى بالشبهات، وهذا كما ترى أشمل من تعليل المصنف رحمه الله. (ع)

(١١) المحكمين.

(١٢) أي إباحة الدم.

(١٣) الدم.

(١٤) أي المتأخرون من مشايخنا. (عناية)

(١٥) أي تخصيص القدوري.

(١٦) كالكنايات في جعلها رجعية.

كالطلاق[١] والنكاح[٢] وغيرهما، وهو صحيح، إلا أنه لا يفتى به، ويقال: يحتاج إلى حكم المولى[٣] دفعًا لتجاسر العوام فيه[٤].

وإن حكماه فى دم خطأ[٥]، فقضى[٦] بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه؛ لأنه لا ولاية له عليهم، إذ لا تحكيم من جهتهم[٧]، ولو حكم على القاتل بالدية فى ماله رده القاضى، ويقضى[٨] بالدية على العاقلة[٩]، لأنه[١٠] مخالف لرأيه، ومخالف للنص[١١] أيضًا[١٢]، إلا[١٣] إذا ثبت القتل بإقراره[١٤]؛ لأن العاقلة لا تعقله[١٥].

ويجوز أن يسمع[١٦] البينة، ويقضى بالنكول، وكذا بالإقرار؛ لأنه[١٧] حكم موافق للشرع، ولو أخبر بإقرار أحد الخصمين[١٨]، أو بعدالة الشهود، وهما[١٩] على

---

(١) قوله: "كالطلاق إلخ" ذكر فى "الذخيرة": إذا رفع اليمين بالطلاق المضاف إلى الملك إلى حاكم أصحاب الشافعى ليبطل اليمين، ويجوز النكاح، فالأحسن له أن يقول: أبطلت هذه اليمين، ونقضت هذا الطلاق عملا بقول عليه السلام: «لا طلاق قبل النكاح». (نهاية)

(٢) بغير إذن المولى.

(٣) كما فى الحدود والقصاص.

(٤) أى كيلا يتطرق الجهالة إلى ذلك هوى إلى هدم مذهبنا. (ع)

(٥) كما إذا رأى صيداً، فإذا أصاب آدميا.

(٦) الحكم.

(٧) وحكم المحكم لا ينفذ على غير المحكمين.

(٨) القاضى.

(٩) قوله: "على العاقلة" أى أهل النصرة من أهل الديون، أو القبيلة، أو أهل الحرف، أو غيرهم.

(١٠) أى لأن حكم المحكم على القاتل بالدية.

(١١) قوله: "ومخالف للنص أيضًا" وهو حديث حمل بن مالك أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال للأولياء: قوموا فدوه. (ك)

(١٢) على ما يأتى فى كتاب المعاقل. (ن)

(١٣) استثناء من قوله: رده القاضى. (ع)

(١٤) حينئذ يجوز الحكم بالدية فى مال القاتل.

(١٥) قوله: "لأن العاقلة لا تعقله [ما عقل القتيل ديت داد كشته را. من]" وأما أروش الجروحات إن كانت بحيث لا يتحملها العاقلة، وتجب فى مال الجانى بأن كانت دون أرش الموضحة، وهو خمس مائة درهم، ويثبت ذلك بالإقرار، أو النكول أو كانت عمداً، أو قضى على الجانى جاز، لأنه لا يخالف حكم الشرع، وقد رضى الجانى بحكمه عليه، فيجوز.

وإن كانت بحيث يتحملها العاقلة بأن كانت خمس مائة فصاعداً، وقد يثبت الجناية بالبينة، وكان خطأ لا يجوز قضاءه بها أصلا، لأنه إن قضى بها على الجانى فقد قضى بخلاف حكم الشرع، وإن قضى بها على العاقلة فالعاقلة ما رضوا بحكمه. (ن)

(١٦) أى المحكم.

(١٧) أى لأن سماع البينة والقضاء بالنكول، وبالإقرار.

(١٨) قوله: "ولو أخبر إلخ" أى لو قال المحكم بينهما لأحدهما: قد أقررت عندى لهذا بكذا، أو كذا، أو قامت

تحكيمهما يقبل قوله[1]؛ لأن الولاية قائمة، ولو أخبر بالحكم[2] لا يقبل قوله لانقضاء الولاية، كقول المولى بعد العزل.

وحكم الحاكم لأبويه، وزوجته، وولده باطل، والمولى والمحكم فيه[3] سواء، وهذا[4] لأنه لا تقبل شهادته[5] لهؤلاء[6] لمكان التهمة، فكذلك لا يصح القضاء لهم، بخلاف ما إذا حكم عليهم، لأنه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة، فكذا القضاء، ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما[7]، لأنه[8] أمر يحتاج فيه إلى الرأى، والله أعلم بالصواب.

مسائل شتى من كتاب القضاء[9]

قال[10]: وإذا كان علو لرجل، وسفل لآخر، فليس لصاحب السفل أن يَتِد[11] فيه وتدا[12]، ولا ينقب[13] فيه كوة[14] عند أبى حنيفة رحمه الله، معناه بغير رضا

عندى عليك بينة لهذا بكذا وبكذا، فعدلوا عندى، وقد ألزمتك ذلك، وحكمت به لهذا عليك، وأنكر المقضى عليه أن يكون أقر عنده بشىء، أو قامت البينة عليه بشىء لم يلتفت إلى قوله، وأمضى القضاء عليه ونفذ، لأن المحكم يملك إنشاء الحكم عليه بذلك، فيملك الإقرار كالقاضى المولى إذا قال فى حال قضاءه لإنسان: قضيت عليك لهذا بإقرارك، أو بينة قامت عندى على ذلك، فإنه يصدق فى ذلك، ولا يلتفت إلى إنكار المقضى عليه، فكذا ههنا، إلا أن يخرجه من الحكم، ويعزله عنه قبل أن يقول: قد حكمت عليك، ثم قال المحكم بعد ذلك لم يصدق. (ك)

(١٩) أى الخصمان.

(١) المحكم.

(٢) قوله: "ولو أخبر بالحكم" مثل أن يقول المحكم: كنت حكمت عليك لهذا بكذا لم يصدق، لأنه إذا حكم صار معزولا فلا يقبل قوله: إنى حكمت بكذا كالقاضى المولى إذا قال بعد عزله حكمت بكذا. (ع)

(٣) أى فى بطلان الحكم.

(٤) أى بطلان الحكم.

(٥) رجل.

(٦) أى الأبوين والزوجة والولد.

(٧) قوله: "لا بد من اجتماعهما" حتى لو حكم أحدهما دون الآخر لا يجوز، لأنهما رضيا برأيهما، ورأى الواحد لا يكون كرأى الاثنين. (ن)

(٨) أى لأن الحكم.

(٩) قوله: "مسائل شتى [أى متفرقة جمع شتيت]" ذكر فى آخر كتاب أدب القاضى مسائل منه كما هو دأب المصنفين أن يذكروا فى آخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها استدراكا لما فات من الكتاب، ويترجمونه بمسائل شتى، أو منثورة، أو متفرقة، وعلى هذا كان القياس أن يؤخرها إلى آخر كتاب القضاء، ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكر بعدها القضاء بالمواريث والرجم، وأنه لجدير بالتأخير لا محالة. (ع)

(١٠) أى محمد. (عينى)

(١١) ميخ زند.

(١٢) ميخ.

صاحب العلو. وقالا: يصنع ما لا يضر بالعلو[١]، وعلى هذا الخلاف[٢] إذا أراد صاحب العلو أن يبنى على علوه[٣]. قيل: ماحكى عنهما تفسير لقول أبى حنيفة رحمه الله[٤]، فلا خلاف، وقيل[٥]: الأصل عندهما الإباحة؛ لأنه تصرف فى ملكه، والملك يقتضى الإطلاق[٦]، والحرمة بعارض الضرر، فإذا أشكل[٧] لم يجز المنع، والأصل عنده الحظر[٨]؛ لأنه تصرف[٩] فى محل تعلق به حق محترم للغير[١٠] كحق المرتهن والمستأجر[١١]، والإطلاق[١٢] بعارض[١٣]، فإذا أشكل[١٤] لا يزول المنع، على أنه لا يعرى[١٥] عن نوع ضرر بالعلو من توهين[١٦] بناء أو نقضه، فيمنع عنه.

قال[١٧]: وإذا كانت زائغة[١٨] مستطيلة تنشعب[١٩] منها زائغة مستطيلة، وهى[٢٠]

---

(١٣) نقب سوراخ كردن ديوار وجزآن. (م)
(١٤) كوه -بالفتح وبضم- روزن خانه. (من)
(١) لأن التصرف حصل فى ملكه. (ع)
(٢) بين الإمام وصاحبيه.
(٣) يعنى زيادة على ما كان. (ك)
(٤) قوله: "تفسير إلخ" يعنى أن أبا حنيفة رحمه الله إنما منع صاحب السفل عن أن يتد فيه وتدا، أو أن ينقب فيه كوة لأن صاحب العلو يتضرر به، ولو لم يتضرر به لا يمنع كما هو قولهما، فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر فيه الآخر فصلا مجمعًا عليه."(ك)
(٥) أى ليس هذا تفسير لقول أبى حنيفة رحمه الله بل بينهما خلاف لأن الأصل إلخ.
(٦) الإباحة.
(٧) قوله: "فإذا أشكل" يعنى إذا لم يعلم أنه يضره أم لا لا يجوز المنع، لأن الأصل الإطلاق فى تصرف ملكه.(ب)
(٨) منع.
(٩) وتعلق حق الغير بملكه يمنع تصرفه.
(١٠) وهو صاحب العلو.
(١١) قوله: "كحق المرتهن والمستأجر" فإنهما يمنعان المالك عن التصرف فى المرهون والمستأجر. (مل)
(١٢) للتصرف.
(١٣) وهو الرضاء دون عدم الضرر. (ع)
(١٤) بأن لم يعلم أن فيه ضرراً أم لا؟
(١٥) قوله: "على أنه لا يعرى إلخ" إشارة إلى أن القياس قول أبى حنيفة رحمه الله، فوجب منعه. (ك)
قوله: "لا يعرى" فلا يملك صاحب السفل أن يهدم كل الجدار أو السقف، فكذا بعضه.
(١٦) سست كردن. (م)
(١٧) أى محمد. (عينى)
(١٨) السكة. (ع)
(١٩) عن يمينها ويسارها. (ع)
(٢٠) قوله: "وهى" أى الزائغة الثانية المنشعبة غير نافذة، ولا فرق فى الأولى بين أن تكون نافذة أو غير نافذة فى أن

غير نافذة، فليس لأهل الزائغة الأولى أن يفتحوا بابًا في الزائغة القصوى ؛ لأن فتحه[١] للمرور، ولا حق لهم في المرور، إذ هو[٢] لأهلها[٣] خصوصًا[٤]، حتى لا يكون لأهل الأولى[٥] فيما بيع فيها[٦] حق الشفعة، بخلاف النافذة[٧]، لأن المرور فيها حق العامة[٨]، قيل: المنع من المرور لا من فتح الباب، لأنه رفع جداره[٩]، والأصح أن المنع من الفتح، لأن بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة، ولأنه عساه[١٠] يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب[١١].

وإن كانت[١٢] مستديرة قد لزق طرفاها فلهم[١٣] أن يفتحوا بابًا ؛ لأن لكل واحد منهم حق المرور في كلها، إذ هي ساحة مشتركة، ولهذا يشتركون[١٤] في الشفعة إذا بيعت دار منها. قال[١٥]: ومن ادعى في دار دعوى[١٦]، وأنكرها الذي هي[١٧] في يده، ثم صالحه[١٨] منها فهو جائز[١٩]، وهي مسألة الصلح على الإنكار، وسنذكرها

لا حق لأهلها في المنشعبة بخلاف ما إذا كانت المنشعبة بنافذة، لأن المرور فيها حق العامة، فلأهل الأولى فتح الباب فيها. (ك)

(١) الباب.

(٢) المرور.

(٣) أي لأهل المنشعبة.

(٤) لكونها غير نافذة. (ع)

(٥) أي السكة الأولى؛ لأن تلك السكة لهم خاصة لكونها غير نافذة. (ع)

(٦) أي في السكة المنشعبة.

(٧) المنشعبة.

(٨) لا للسكان خاصة.

(٩) وله أن يرجع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه أولى. (ع)

(١٠) لعله.

(١١) قوله: "يدعى الحق [بعد فتح الباب] إلخ" لأنه إذا فعل ذلك، وتقادم العهد ربما يدعى شركة في الطريق في تلك الزائغة يستدل على ذلك بالباب والميزاب، ويكون القول قوله من هذا الوجه، فيمنع منه. (ك)

(١٢) قوله: "وإن كانت" أي الزائغة الثانية مستديرة، أي سكة فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها رأس السكة، فلكل واحد منهم أن يفتح بابه في أي موضع شاء، لأنها سكة واحدة من أولها إلى آخرها، وهي بينهم على الشركة. (ن)

(١٣) أي لأهل الزائغة الأولى.

(١٤) أهل الزائغة الأولى.

(١٥) أي محمد. (عيني)

(١٦) ولم يبين المدعى ثلث أو ربع، أو نحوها. (ك)

(١٧) الدار.

(١٨) المدعى.

(١٩) قوله: "فهو جائز" ولقائل أن يقول: جهالة المدعى إما أن تكون مانعة صحة الدعوى أولا، فإن كان الثاني

فى الصلح إن شاء الله تعالى. والمدعى[١] وإن[٢] كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا؛ لأنه جهالة فى الساقط، فلا تفضى[٣] إلى المنازعة[٤] على ما عرف[٥].

قال[٦]: ومن ادعى داراً في يد رجل[٧] أنه وهبها له[٨] في وقت، فسئل البينة،[٩] فقال[١٠]: جحدني الهبة[١١]، فاشتريتها، وأقام المدعى البينة على الشراء قبل الوقت الذى يدعى فيه الهبة لا تقبل بينته؛ لظهور التناقض، إذ هو يدعى الشراء بعد الهبة[١٢]، وهم يشهدون[١٣] به[١٤] قبلها[١٥]، ولو شهدوا به[١٦] بعدها[١٧] تقبل لوضوح التوفيق[١٨].

صح دعوى من ادعى على إنسان شيئًا، لكنها لم تصح، ذكره فى "النهاية" ناقلا عن الفوائد الظهيرية، وإن كان الأول لما جاز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعى لكنه صحيح. والجواب باختيار الشق الأول، ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه، لأن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح، لأنه يقطع الشغب والخصام، وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق. (ع)

(١) قوله: "والمدعى إلخ" جواب عما يقال: كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى، ومعلومية مقداره شرط صحة الدعوى. (مل)

(٢) الواو وصلية.

(٣) هذه الجهالة.

(٤) والمانع ما أفضى إلى المنازعة.

(٥) فى كتاب الصلح.

(٦) أى محمد. (عينى)

(٧) قوله: "ومن ادعى إلخ" أى ادعى داراً فى يد رجل أنه وهبها له منذ شهرين مثلا، وسلمها، وأنها ملكه بطريق الهبة والتسليم، وجحد دعواه ذو اليد، فسئل البينة فقال: لى بينة تشهد على الشراء لأنى طلبت منه، فجحد فى الهبة فاضطررت إلى شراءها منه، وأشهدت عليه، وأقام المدعى البينة إلخ. (ع)

(٨) المدعى.

(٩) على دعواه.

(١٠) المدعى.

(١١) وما كانت لى بينة فى حق الهبة.

(١٢) قوله: "إذ هو يدعى الشراء بعد الهبة" لأنه قال: جحدنى الهبة فاشتريتها، والفاء للتعقيب. (ك)

(١٣) فكانت الشهادة مخالفة للدعوى. (ع)

(١٤) أى بالشراء.

(١٥) الهبة.

(١٦) قوله: "ولو شهدوا إلخ" يريد به لو ادعى الشراء بعد الهبة، وشهدوا بالشراء بعد الهبة. (ك)

(١٧) الهبة.

(١٨) قوله: "لوضوح التوفيق" لأنه يمكنه أن يقول: وهب منذ شهر، ثم جحدنى الهبة، فاشتريتها هذا للأسبوع،

ولو كان ادعى الهبة، ثم أقام البينة على الشراء قبلها[١]، ولم يقل جحدني الهبة، فاشتريتها لم تقبل[٢] أيضًا، ذكره في بعض النسخ[٣]، لأن دعوى الهبة[٤] إقرار منه بالملك[٥] للواهب، ودعوى الشراء[٦] رجوع منه[٧]، فعد مناقضًا[٨]، بخلاف ما إذا ادعى الشراء[٩] بعد الهبة[١٠]، لأنه تقرير ملكه عندها[١١].

ومن قال لآخر: اشتريت مني هذه الجارية، فأنكر الآخر إن أجمع[١٢] البائع على ترك الخصومة[١٣] وسعه[١٤] أن يطأها[١٥]؛ لأن المشترى لما جحد[١٦] كان فسخًا من جهته، إذ الفسخ يثبت به[١٧]، كما إذا تجاحدا[١٨]، فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ[١٩]، وبمجرد العزم[٢٠] وإن[٢١] كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل[٢٢]،

وهذه المسألة تدل على أن التناقض إنما يمنع صحة الدعوى إذا لم يكن للتوفيق، أما إذا أمكن فلا. (ك)

(١) الهبة.

(٢) البينة.

(٣) للجامع الصغير.

(٤) في وقت. (ك)

(٥) في ذلك الوقت. (ك)

(٦) قبل ذلك الوقت. (ك)

(٧) أي من ذلك الإقرار.

(٨) قوله: "فعد مناقضًا" لأنه وإن كانت الشهادة موافقة للدعوى إلا أنه مناقض في الدعوى. (ك)

(٩) قوله: "بخلاف ما إلخ" فإن قيل: ينبغي أن لا تقبل بينته في هذا الوجه أيضًا، لأنه ادعى شراء باطلا، لأنه ادعى شراء ما ملكه بالهبة. قلنا: إذا جحد الهبة فقد فسخها، إذ جحود ما عدا النكاح من العقود فسخ له بخلاف النكاح، لأنه لا يحتمل الفسخ، فانفسخت الهبة في حق المدعى عليه، وتوقف في حق الآخر على رضاه، فإذا أقدم على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ فقد تم الفسخ فيما بينهما بتراضيهما، فإذا اشترى منه بعد ذلك فقد اشترى ما لا يملكه، فصح. (ك)

(١٠) حيث تقبل بينته.

(١١) الهبة.

(١٢) قوله: "إن أجمع البائع" أي عزم بقلبه، وقيل: إن يشهد بلسانه على العزم بالقلب أن لا يخاصم معه. (م)

(١٣) أي عزم وقصد ترك الخصومة. (ن)

(١٤) أي حل له، أي البائع.

(١٥) جارية.

(١٦) العقد. (عناية)

(١٧) قوله: "إذ الفسخ يثبت به" أي بالجحود، لأن الجحود كناية عن الفسخ، لأن الفسخ رفع العقد من الأصل، والجحود إنكار العقد من الأصل، فكان بينهما مناسبة، فيجعل أحدهما مجازًا عن الآخر. (ن)

(١٨) فإنه يجعل فسخًا لا محالة. (م)

(١٩) من الجانبين. (م)

وهو إمساك الجارية ونقلها[١] وما يضاهيه[٢]، ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشترى[٣] فات رضا البائع، فيستبد[٤] بفسخه.

قال: ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم[٥]، ثم ادعى أنها زيوف صدق[٦]، وفى بعض النسخ[٧] اقتضى، وهو[٨] عبارة عن القبض أيضًا، ووجهه أن الزيوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة، ولهذا[٩] لو تجوز بها[١٠] فى الصرف والسلم جاز، والقبض لا يختص بالجياد[١١]، فيصدق[١٢]، لأنه أنكر قبض حقه[١٣]، بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الجياد، أو حقه، أو الثمن، أو استوفى لإقراره بقبض الجياد صريحًا، أو دلالة فلا يصدق[١٤].

---

(٢٠) قوله: "وبمجرد العزم إلخ" جواب شبهة، وهو أن يقال: كيف يثبت الفسخ بعزم البائع على الفسخ، وفسخ العقود لا يثبت بمجرد العزم، ألا ترى أن من له خيار الشرط إذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا ينفسخ بمجرد عزمه. (ك)

(٢١) الواو وصلية.

(٢٢) وذلك الفعل لا يحل بدون الفسخ، فيوجد الفسخ دلالة. (م)

(١) من موضع الخصومة إلى بيته. (م)

(٢) كالاستخدام. (م)

(٣) قوله: "ولأنه لما تعذر [بالجحود] إلخ" دليل آخر، والفرق بين الدليلين أن الانفساخ كان فى الأول مترتبًا على الفسخ من الجانبين، وجعل جحوده فسخًا من جانبه، والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع، وفى الثانى يترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده. (م)

(٤) أى يستقل البائع.

(٥) قرضًا، أو ثمن سلعة عنده أو غير ذلك. (م)

(٦) قوله: "صدق [أى القول قوله مع اليمين]" سواء كان مفصولا أو موصولا، دل على ذلك دلالة ثم فى الكتاب، والتصريح به فى غيره. (م)

(٧) أى فى بعض نسخ "الجامع الصغير" وقع موضع قبض اقتضى. (م)

(٨) اقتضاء.

(٩) أى لكون الزيوف من جنس الدراهم.

(١٠) قوله: "لو تجوز بها إلخ" أى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال به كالصرف والسلم جاز، ولو لم يكن من جنسها كان التجويز استبدالا، وهو فيهما لا يجوز كما تقدم. (ع)

قوله: "لو تجوز بها إلخ" تجوز فى هذا آسان فرا گرفت آنرا، وچشم پوشى كرد، وتجوز الدراهم قبول كدر در مهارا باآنكه مغشوش بودند. (من)

(١١) قوله: "والقبض إلخ" جواب عما يقال: الإقرار بالقبض يستلزم الإقرار بقبض الحق، وهو الجياد، ولو أقر بقبض حقه، ثم ادعى أنه زيوف لم يسمع عنه، فكذا هذا. (عينى)

(١٢) فى دعواه أنها زيوف.

(١٣) أى الجياد.

(١٤) قوله: "فلا يصدق" أى لا يصدق فيما إذا ادعى الزيافة بعد ذلك، لأنه تناقض، أما الأول فظاهر، وكذا فى

والنبهرجة[١] كالزيوف[٢]، وفى الستوقة[٣] لا يصدق[٤]، لأنه ليس من جنس الدراهم[٥] حتى لو تجوز بها فيما ذكرنا[٦] لا يجوز، والزيف ما زيفه بيت المال[٧]، والنبهرجة ما يرده التجار[٨]، والستوقة ما يغلب عليها الغش[٩].

قال[١٠]: ومن قال لآخر: لك علي ألف درهم، فقال: ليس لى عليك شيء، ثم قال فى مكانه: بل لى عليك ألف درهم، فليس عليه شيء[١١]؛ لأن إقراره هو الأول، وقد ارتد برد المقر له[١٢]، والثانى[١٣] دعوى، فلا بد من الحجة[١٤]، أو تصديق[١٥] خصمه[١٦]. بخلاف ما إذا قال لغيره: اشتريت[١٧]، وأنكر الآخر له أن يصدقه[١٨]، لأن[١٩] أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ[٢٠]، كما لا يتفرد بالعقد،

غيره، لأن حقه فى الجياد، فكان الإقرار بقبض حقه مطلقًا إقرار منه بقبض الجياد، وكذا الإقرار بقبض الثمن والاستيفاء عبارة عن القبض بوصف التمام، فكان عبارة عن قبض حقه أيضًا. (ك)

(١) معرب نبهره، هو الدراهم الذي فضته رديئة، وقيل: الذى الغلبة فيه للفضة. (نهاية)

(٢) قوله: "كالزيوف" أى فى حكم التصديق إذا قال قبض من فلان كذا درهمًا، ثم ادعى أنها نبهرجة يصدق، كما إذا قال: إنها زيوف. (عينى)

(٣) قوله: "وفى الستوقة" –بالفتح– أرداء من النبهرج، وعن الكرخى الستوقة عندهم ما كان الصفراء والنحاس هو الغالب، وفى "المبسوط": الستوقة كالفلوس فإنه صفر مموه من الجانبين، وهو معرب سه طاقة، أى الطاق الأعلى والأصفل فضة، والأوسط صفر. (ك)

(٤) لو ادعاها بعد الإقرار بقبض العشرة. (ع)

(٥) فصار مناقضًا.

(٦) أى الصرف والسلم.

(٧) قوله: "ما زيفه [تزييف زبون وناسره كردن درم. م] بيت المال" أى رده، وفى المغرب زافت عليه دراهمه أى صارت مردودة عليه بغش فيها، وقد زيفت، أى ردت. (ن)

(٨) ولعله أردأ من الزيوف. (ع)

(٩) لبن مغشوش مخلوط بالماء. (مغرب)

(١٠) أى محمد. (عينى)

(١١) أى على المقر.

(١٢) قوله: "وقد ارتد برد المقر له" فإن الإقرار بالدين يرتد برد المقر له، وكذا الإقرار بالعين، ولو صدق ثم رد لا يرتد. (ك)

(١٣) وهو قوله: بل لى عليك ألف درهم.

(١٤) أى البينة. (ع)

(١٥) ثانيًا.

(١٦) المقر.

(١٧) منى هذه الجارية.

(١٨) أى للآخر المقر له أى بعد الرد لأن الإقرار بالبيع لا يرتد برد المقر له. (ك)

(١٩) قوله: "لأن أحد" فبرده لا ينفسخ البيع، فلو صدق بعد ذلك والعقد قائم عمل تصديقه. (ك)

والمعنى[١] فيه أنه[٢] حقهما، فبقي العقد، فيعمل التصديق، أما المقر له يتفرد[٣] برد الإقرار، فافترقا. قال[٤]: ومن ادعى على آخر مالا فقال: ما كان[٥] لك علي شيء قط، فأقام المدعي البينة على ألف، وأقام هو البينة على القضاء قبلت بينته[٦]، وكذلك[٧] على الإبراء. وقال زفر رحمه الله: لا تقبل، لأن القضاء يتلو الوجوب[٨]، وقد أنكره[٩]، فيكون مناقضًا[١٠]. ولنا: أن التوفيق ممكن، لأن غير الحق قد يقضى، ويبرأ منه دفعًا للخصومة، ألا ترى أنه يقال: قضى بباطل[١١]، وقد يصالح[١٢] على شيء، فيثبت[١٣]، ثم يقضى[١٤]، وكذا إذا قال: ليس لك علي شيء قط، لأن التوفيق أظهر[١٥]. ولو قال: ما كان لك علي شيء قط، ولا أعرفك[١٦] لم يقبل بينته على القضاء، وكذا[١٧] على الإبراء لتعذر التوفيق، لأنه لا يكون بين اثنين

(٢٠) قوله: "لا يتفرد إلخ" قال في الكافي: ذكر في الهداية: أن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ، وذكر قبله لأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشترى فات رضاء البائع، فيستبد بفسخه، والتوفيق بين كلاميه صعب، أقول لما تعذر استيفاء الثمن يستبد، وههنا لما أقر المشترى فى مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء، فلا يستبد بالفسخ. (ع)

(١) الوجه.

(٢) الفسخ.

(٣) قوله: "يتفرد" بخلاف ما لو أقر بنسب عبده من إنسان، فكذبه المقر له، ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند أبي حنيفة رحمه الله النسب من المقر، لأن الإقرار بالنسب إقرار بما لا يحتمل الإبطال، فلا يرتد بالرد. (ك)

(٤) أى محمد. (عينى)

(٥) معناه نفى الوجوب عليه فى الماضى على سبيل الاستغراق. (ع)

(٦) قوله: "قبلت بينته" ودلت المسألة على أن التوفيق إذا كان ممكنا بين الكلامين يجب قبول البينة من غير دعوى التوفيق. (ن)

(٧) أى كما تقبل البينة على دعوى القضاء تقبل لو ادعى الآخر الإبراء.

(٨) لأنه تسليم مثل الواجب.

(٩) الوجوب.

(١٠) قوله: "فيكون مناقضًا" أى فى دعواه، وقبول البينة يقتضى دعوى صحيحة. (ع)

(١١) كما يقال قضى بحق.

(١٢) بالإنكار.

(١٣) ذلك الشيء.

(١٤) أى يؤدى.

(١٥) قوله: "أظهر" لأن ليس لنفى الحال فصار كأنه قال: ليس لك على شيء فى الحال، لأنى قضيت حقك، ألا ترى أنه لو صرح به يصح. (ك)

(١٦) قوله: ولا أعرفك" أو ما رأيتك أو ما جرى بينى وبينك مخالطة، ولا أخذ ولا إعطاء، ولا اجتمعت أنا وأنت فى موضع، وما أشبه ذلك. (نهاية)

(١٧) أى لا تقبل بينة على الإبراء.

أخذ وإعطاء، وقضاء واقتضاء، ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة.

وذكر القدوری أنه[١] تقبل أيضًا، لأن المحتجب[٢] أو المخدرة[٣] قد يؤذى بالشغب[٤] على بابه فيأمر بعض وكلاءه بإرضاءه، ولا يعرفه، ثم يعرفه بعد ذلك، فأمكن التوفيق[٥].

قال[٦]: ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته، فقال: لم أبعها[٧] منك قط، فأقام البينة على الشراء، فوجد بها[٨] إصبعًا[٩] زائدة[١٠]، فأقام البائع البينة أنه بریء إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع. وعن أبی يوسف رحمه الله أنه تقبل[١١] اعتبارًا بما ذكرنا[١٢]، وجه الظاهر أن شرط البراءة[١٣] تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره، فيستدعى وجود البيع[١٤]، وقد أنكره[١٥]، فكان مناقضًا، بخلاف الدين لأنه قد يقضى[١٦] وإن[١٧] كان باطلا على ما مر[١٨].

---

(١) البينة.

(٢) قوله: "لأن المحتجب" أى الرجل المحتجب وهو الذى لا يراه كل أحد لعظمته، وقال تاج الشريعة: المحتجب الذى لا يتولى الأمور بنفسه. (عينى) احتجب در پرده شد. (من)

(٣) قوله: "أو المخدرة" أى المرأة التى لم تجر عادتها بالبروز فى مجلس الحكم. (عينى)
قوله: "مخدرة" مخدرة كمعظّمة زن پرده نشين. (من)

(٤) بالفتح ويحرك، وقيل: الإبراء انگيختن فتنه، وخصومت ونزاع. (من)

(٥) قوله: "فأمكن التوفيق" فعلى هذا لو كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل بينته، وقيل: يقبل البينة على الإبراء فى هذا الفصل باتفاق الروايات، لأن الإبراء يتحقق بلا معرفة. (ك)

(٦) أى محمد. (عينى)

(٧) الجارية.

(٨) الجارية.

(٩)

(١٠) قوله: "إصبعًا زائدة [وأراد الزد]" خص هذه العيب بالذكر ليثبت أنه عيب قديم كان فى يد البائع، لأنه لا يحدث مثله فى تلك المدة. (ن)

(١١) البينة.

(١٢) قوله: "اعتبارًا بما ذكرنا" وهو التوفيق فى الدين، فإنه لو أنكر الدين أصلا، ثم ادعى قضاءه فإنه يسمع، ولا يكون مناقضًا لاحتماله التوفيق على ما ذكرنا، فكذا ههنا. ثم وجه التوفيق ههنا هو أن يكون البائع وكيلا من المالك فى البيع، وكان المالك فى قوله: ما بعتها صادقًا، ثم المالك فى دعواه براءته من كل عيب لا يكون مناقضًا. (نهاية)

(١٣) من كل عيب.

(١٤) لأن وجود الصفة بدون وجود الموصوف لا يتصور.

(١٥) البيع.

(١٦) يؤدى.

قال[١]: ذكر حق[٢] كتب في أسفله، ومن قام[٣] بهذا[٤] الذكر فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى. أو كتب في شراء[٥]، فعلي فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله[٦]، وهذا[٧] عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إن شاء الله تعالى هو على الخلاص[٨]، وعلى من قام بذكر الحق. وقولهما استحسان ذكره[٩] في الإقرار[١٠]، لأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه، لأن الذكر للاستيثاق[١١]، وكذا الأصل في الكلام[١٢] الاستبداد[١٣]. وله أن الكل[١٤] كشيء واحد بحكم العطف، فيصرف إلى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله: عبده حر، وامرأته طالق، وعليه المشي إلى بيت الله تعالى إن شاء الله[١٥]، ولو ترك

---

(١٧) الواو وصلية.

(١٨) من قوله: لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه.

(١) أي محمد. (عيني)

(٢) أي كتاب إقرار بدين. (ك)

(٣) قوله: "ومن قام إلخ" أي من أخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك، فإن قيل: لماذا يكتب هذا، ولا يصح التوكيل على هذا الوجه، لأنه توكيل المجهول، والمجهول لا يصلح وكيلا.

قلنا: الغرض من كتابة هذا استماع خصومة الوكيل، فإن التوكيل بغير رضا الخصم لا يلزم عند أبي حنيفة رحمه الله، وعلى تقدير الرضا ههنا يلزم التوكيل بلا رضاه. (كفاية)

(٤) الصك.

(٥) قوله: "أو كتب في شراء" أي لو كتب صك الشراء، وكتب في آخره فما أدرك فلانا فيه من درك فعلى فلان خلاص ذلك إلخ. فإن قيل: هذا الكلام لغو، لأن الخلاص على فلان ضمان الثمن، وهو عليه شرط أو لم يشترط.

قلنا: يكون اشتراطه توكيدا، وفيه تحرز عن قول ابن أبي ليلى، لأن عنده لا رجوع بدون الشرط. (ك)

(٦) قوله: "بطل الذكر كله" أي يبطل الصك حتى يبطل الدين الذى فيه، ويفسد الشراء. (مل)

(٧) أي بطلان الصك.

(٨) قوله: "هو على الخلاص" يعنى قوله: إن شاء الله تعالى ينصرف إلى قوله: على فلان خلاصه، وعلى من قام بذكر الحق والشراء صحيح، والمال المقر به لازم. (عيني)

(٩) محمد.

(١٠) من "المبسوط".

(١١) قوله: "لأن الذكر إلخ" أي لأن الصك يكتب للاستيثاق والتأكيد، لا للإبطال، فكان ذلك دلالة على قصر الاستثناء على الذى يليه. (عيني)

(١٢) قوله: "وكذا الأصل إلخ" فلا يكون ما في الصك مرتبطا بعضه ببعض، فيصرف الاستثناء إلى ما يليه. (ع)

(١٣) الاستقلال.

(١٤) قوله: "وله أن الكل إلخ" والجواب عما قالا: أن الذكر للاستيثاق مطلقًا، أو إذا لم يكتب في آخره إن شاء الله تعالى، والثاني مسلم، ولا كلام فيه، والأول عين النزاع، والأصل في الكلام الاستبداد إذا لم يوجد ما يدل على خلافه، وقد وجد ذلك، وهو العطف. (ع)

فرجة[1]، قالوا: لا يلتحق[2] به، ويصير كفاصل السكوت[3].

فصل في القضاء بالمواريث[4]

قال: وإذا[5] مات نصراني[6]، فجاءت امرأته مسلمة، وقالت: أسلمت بعد موته، وقالت الورثة: أسلمت قبل موته فالقول قول الورثة، وقال زفر رحمه الله: القول قولهما؛ لأن الإسلام حادث، فيضاف إلى أقرب الأوقات[7].

ولنا أن سبب[8] الحرمان[9] ثابت في الحال، فيثبت فيما مضى تحكيمًا للحال[10]، كما في جريان ماء الطاحونة[11]، وهذا ظاهر نعتبره للدفع[12]، وهو يعتبره[13] للاستحقاق[14].

---

(١٥) فإنه ينصرف إلى الجميع، ولا يلزمه شيء.

(١) قوله: "ولو ترك فرجة" هو أن يترك شيء من البياض قبيل قوله: ومن قام بهذا الذكر ليكون البياض فصلا بين صك الشراء وصك الإقرار، وبين قوله: ومن قام بهذا الذكر ليصرف الاستثناء إلى قوله: ومن قام بهذا الذكر لا إلى صك الشراء أو الإقرار. (نهاية)

(٢) الاستثناء.

(٣) إذ الفرجة في الصك كالسكوت في المنطق. (ك)

(٤) قوله: "فصل" لما كان الموت آخر أحوال المرء في الدنيا ذكر الأحكام المتعلقة به آخر ما ذكر من أحكام القضاء. (نهاية)

(٥) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (عيني)

(٦) قوله: "وإذا مات إلخ" ذكر مسألتين مما يتعلق إثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت أمر في وقت بناء على ثبوته في وقت آخر، وهو على نوعين: أحدهما: أن يقال: كان ثابتًا في الماضي، فيكون ثابتًا في الحال، كحياة المفقود. والثاني: أن يقال: هو ثابت في الحال، فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ماء الطاحونة، وهو حجة دافعة لا مثبتة عندنا، كما عرف في أصول الفقه. (ع)

(٧) فيجعل موجوداً بعد موته لا قبله.

(٨) الإسلام.

(٩) عن ميراث الزوج النصراني.

(١٠) أي باستصحاب الحال. (ع)

(١١) قوله: "كما في جريان ماء الطاحونة" فإن أيها مع المستأجر إذا اختلفا بعد مضى المدة في جريان الماء وانقطاعه يحكم الحال، فإن كان جاريًا في الحال كان القول قول رب الطاحونة، وإن لم يكن جاريًا كان القول قول المستأجر. (عيني)

قوله: "الطاحونة" والطحانة الرحى التي يديرها الماء عن الليث، وفي جامع الغوري اختلاف، وفي كتب الشروط: الطحانة ما يديره الدابة، والطاحونة ما يديرها الماء. (مغرب)

(١٢) أي لدفع دعوى المرأة للميراث.

(١٣) قوله: "وهو يعتبره إلخ" فيه نظر لأن زفر رحمه الله لم يجعل استحقاقها للميراث في الحال، بل بأن الأصل في الحادث الإضافة إلى أقرب الأوقات، ويجوز أن يجاب بأن ذلك أيضًا ظاهر، والظاهر استصحابًا كان أو غيره لا يعتبر للاستحقاق. (ع)

ولو مات المسلم، وله امرأة نصرانية، فجاءت مسلمة بعد موته، وقالت: أسلمت قبل موته، وقالت الورثة: أسلمت بعد موته، فالقول قولهم[١] أيضًا، ولا يحكم[٢] الحال، لأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق، وهي[٣] محتاجة إليه، أما الورثة فهم الدافعون[٤]، ويشهد[٥] لهم ظاهر الحدوث أيضًا.

قال[٦]: ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة، فقال المستودع: هذا ابن الميت لا وارث له غيره، فإنه يدفع المال إليه، لأنه أقر أن ما في يده حق الوارث خلافة[٧]، فصار كما إذا أقر أن حق المورث، وهو[٨] حي أصالة، بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض، أو أنه اشتراه[٩] منه[١٠] حيث لا يؤمر بالدفع[١١] إليه[١٢]، لأنه أقر بقيام حق المودع، إذ هو[١٣] حي، فيكون[١٤] إقرارا على

---

(١٤) أي لاستحقاق المرأة الميراث والظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق. (ك)

(١) أي الورثة.

(٢) أي لا يقال: إنها مسلمة في الحال، فتكون مسلمة قبل موته.

(٣) المرأة.

(٤) قوله: "أما [إشارة إلى معنى آخر. ع] الورثة إلخ" الحاصل أن المرأة تتمسك في هذه المسألة بما يتمسك به الورثة في المسألة الأولى، والورثة في هذه المسألة يتمسكون بما تمسكت به المرأة في المسألة الأولى غير أنها في المسألتين تتمسك بالظاهر لإثبات الاستحقاق، والظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق، والورثة هم الدافعون جميعًا في المسألتين. (كفاية)

(٥) قوله: "ويشهد لهم إلخ" دليل آخر هو أن الإسلام حادث والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات. فإن قيل: إن كان ظاهر الحدوث معتبراً في الدلالة كان ظاهر زفر رحمه الله في المسألة الأولى معارضاً للاستصحاب، ويحتاج إلى مرجح، والأصل عدمه. فالجواب أنه معتبر في الدفع لا في الإثبات، وزفر رحمه الله يعتبره للإثبات. (عيني)

(٦) أي محمد. (عيني)

(٧) عن الميت.

(٨) المورث.

(٩) أي عين الوديعة.

(١٠) أي من المودع.

(١١) قوله: "لا يؤمر إلخ" فإذا امتنع في الوديعة حتى هلك هل يضمن أو لا؟ قيل: يضمن، وقيل: لا يضمن، وكان ينبغي أن يضمن، لأن المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع، وفي المنع عنه يضمن، فكذا من وكيله، وإن سلمها هل له أن يستردها؟ قيل: لا يملك ذلك، لأنه يصير ساعيًا في نقض ما تم من جهته.
ولقائل أن يقول: كان الواجب في المسألة الأولى لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت في المال باعتبار ما يوجب قيامه لحاجته إليه كالدين وغيره، فإن خلافة الوارث متأخرة عن ذلك، والجواب أن استحقاق الوارث يثبت بإقراره بيقين، وما يوجب قيام حق الميت في المال متوهم، فلا يؤخر اليقين به. (ع)

(١٢) أي إلى ذلك الرجل.

(١٣) المودع.

مال الغير[١]، ولا كذلك بعد موته[٢]، بخلاف المديون[٣] إذا أقر بتوكيل[٤] غيره بالقبض، لأن الديون تقضى بأمثالها[٥]، فيكون[٦] إقرارا على نفسه[٧]، فيؤمر بالدفع إليه.

ولو قال المودع لآخر[٨]: هذا ابنه[٩] أيضًا، وقال: الأول[١٠] ليس له ابن غيرى، قضى بالمال للأول[١١]؛ لأنه لما صح إقراره للأول انقطع يده عن المال، فيكون هذا[١٢] إقرارا على الأول، فلا يصح إقراره للثانى كما[١٣] لو كان الأول ابنًا معروفًا، ولأنه حين أقر للأول لا مكذب له، فصح، وحيث أقر للثانى له مكذب[١٤]، فلم يصح. قال[١٥]: وإذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة[١٦]، فإنه لا يؤخذ منهم كفيل،

(١٤) هذا الإقرار.

(١) فلا يصح.

(٢) قوله: "ولا كذلك بعد موته [المودع]" لأنه زعم أن الميت لم يبق مالكًا، وأن المالك هو الوارث، فلم يكن فى تصحيح إقراره تنفيذ إقراره فى ملك الغير. (ك)

(٣) حيث يؤمر بالدفع إليه.

(٤) من الدائن.

(٥) لا بأعيانها.

(٦) أى إقرار المديون بأنه وكيل بالمطالبة والقبض. (ن)

(٧) لوجوب القضاء عليه.

(٨) بعد أن قال لرجل: أنه ابنه.

(٩) الميت.

(١٠) الابن الأول.

(١١) قوله: "قضى بالمال للأول" وهل يضمن للثانى إذا دفع إلى الأول بغير قضاء يضمن نصفه للثانى، كذا فى "النهاية". (ك)

(١٢) الإقرار الثانى.

(١٣) أى كما لا يصح الإقرار للثانى.

(١٤) هو الأول.

(١٥) أى محمد. (عينى)

(١٦) قوله: "إذا قسم إلخ" إذا حضر رجل، وادعى داراً فى يد آخر أنها لأبيه مات، وتركها ميراثًا له، وأنكر ذو اليد، وأقام بينته، وهم شهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار، ولم يقولوا فى شهادتهم لا نعرف له وارثًا غيره، فإن القاضى يتأخر زمانا على قدر ما يرى، وقدر الطحاوى بالحول.

فإن حضر وارث غيره قسمت بينهم، وإن لم يحضر دفع الدار إليه إن كان الحاضر لا يحجب حرمانًا كالأب والابن، فإن كان ممن يحجب بغيره كالجد والأخ، فإنه لا يدفع إليه، وإن كان ممن يحجب نقصانًا كالزوج والزوجة يدفع إليه أوفر النصيبين وهو النصف والربع عند محمد رحمه الله، وأقلهما وهو الربع والثمن عند أبى يوسف رحمه الله، وقول أبى حنيفة رحمه الله مضطرب، فإذا كان ممن لا يحجب، ودفعت الدار إليه هل يؤخذ منه كفيل بما دفع إليه؟ قال أبو

ولا من وارث، وهذا[١] شيء احتاط به بعض القضاة[٢] وهو ظلم، وهذا[٣] عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: يأخذ[٤] الكفيل، والمسألة فيما إذا ثبت الدين، والإرث بالشهادة، ولم يقل الشهود[٥]: لا نعلم له وارثًا غيره.

لهما: أن القاضي ناظر للغُيّب[٦]، والظاهر أن في التركة وارثًا غائبًا، أو غريمًا غائبًا، لأن الموت قد يقع بغتة، فيحتاط بالكفالة كما إذا دفع[٧] الآبق[٨] واللقطة إلى[٩] صاحبه[١٠]، أو أعطى امرأة الغائب النفقة[١١] من ماله[١٢].

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن حق الحاضر ثابت قطعًا[١٣] أو ظاهرًا، فلا يؤخر[١٤] لحق موهوم إلى زمان التكفيل كمن أثبت[١٥] الشراء[١٦] ممن في يده، أو أثبت الدين على العبد حتى بيع[١٧] في دينه لا يكفل[١٨]، ولأن[١٩] المكفول له مجهول[٢٠]،

حنيفة رحمه الله: لا يؤخذ ونسب القائل به إلى الظلم، قيل: أراد به ابن أبي ليلى، وقالا: له ذلك. (مل)

(١) أي أخذ الكفيل.

(٢) ابن أبي ليلى.

(٣) أي عدم أخذ الكفيل.

(٤) القاضي.

(٥) قوله: "ولم يقل إلخ" أما إذا قالوا: لا نعلم وارثًا غيره دفع إليه من غير كفيل، ولا تأنّ عندهم. (ك)

(٦) كركع جمع غائب.

(٧) القاضي.

(٨) العبد الآبق.

(٩) أي إلى رجل ثبت عنده أنه صاحبه. (ع)

(١٠) فإنه يأخذ كفيلا. (ع)

(١١) قوله: "وأعطى [أي القاضي] امرأة الغائب إلخ" هي امرأة تستنفق، وزوجها غائب، وله عند رجل وديعة، والمودع مقر بالوديعة والزوجية فالقاضي يفرض لها النفقة، ويأخذ منها كفيلا. (ك)

(١٢) الغائب.

(١٣) قوله: "ثابت قطعًا" إن لم يكن له وارث آخر بيقين، أو ظاهرًا إن كان له وارث آخر في الواقع، ولم يظهر عند الحاكم، فإنه ليس بمكلف بإظهاره بل بما ظهر عنده من الحجة، فكان العمل بالظاهر واجبًا عليه، والثابت قطعًا أو ظاهرًا لا يؤخر إلخ. (ع)

(١٤) حقه. (ك)

(١٥) بالبينة.

(١٦) فإنه يدفع المبيع إلى المشتري والدين إلى المدعى. (ع)

(١٧) العبد.

(١٨) قوله: "لا يكفل" أي لا يؤخذ الكفيل من المشتري الذي أثبت شراءه بالحجة، ولا يؤخذ الكفيل من رب الدين الذي أثبت دينه على العبد حتى بيع العبد لأجل دينه، وإن كان يتوهم حضور مشتر آخر قبله، وغريم آخر في حق

فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء، بخلاف النفقة[١]، لأن حق الزوج ثابت[٢]، وهو[٣] معلوم، وأما الآبق واللقطة[٤] ففيه روايتان، والأصح أنه على الخلاف[٥].

وقيل: إن دفع[٦] بعلامة اللقطة[٧] أو إقرار العبد[٨] يكفل بالإجماع، لأن الحق غير ثابت[٩]، ولهذا كان له[١٠] أن يمنع[١١]، وقوله[١٢]: وهو ظلم أى ميل عن سواء السبيل، وهذا[١٣] يكشف عن مذهبه رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب[١٤]، لا كما ظنه البعض[١٥].

قال[١٦]: وإذا كانت الدار فى يد رجل، وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها

العبد، فعلم أن المتيقن المعلوم لا يؤخر إلى زمان التكفيل لأمر موهوم. (ك)

قوله: "يكفل" إكفال پذيرفتار گردانيدن كسى را. (من)

(١٩) دليل آخر على عدم جواز أخذ الكفيل. (ع)

(٢٠) فلا يصح.

(١) جواب عما استشهد به. (ع)

(٢) فى الوديعة.

(٣) أى الزوج معلوم، فلا يلزم جهالة المكفول له.

(٤) قوله: "وأما الآبق إلخ" يعنى أن الآبق واللقطة فى كل واحد منهما روايتان، قال فى رواية: لا أحب أن يأخذ منه كفيلا، وقال فى رواية: أحب إلى أن يأخذ منه كفيلا، قالوا فى "شرح الجامع الصغير": والصحيح أن الرواية الأولى قول أبى حنيفة رحمه الله، فلا يصح القياس حينئذ. (عناية)

(٥) أى بين الإمام وصاحبيه.

(٦) القاضى.

(٧) أى بإخبار المدعى عن علامة فى اللقطة.

(٨) قوله: "إقرار العبد" أى إقرار العبد الآبق أنه لفلان. (ك)

(٩) إذ العلامة أو قول العبد لا يوجب الاستحقاق. (ق)

(١٠) أى القاضى.

(١١) من الدفع.

(١٢) أى قول أبى حنيفة. (ع)

(١٣) أى إطلاق الظلم على المجتهد فيه. (ع)

(١٤) قوله: "أن المجتهد إلخ" وقول من قال: كل مجتهد مصيب ينزع إلى مذهب الاعتزال لما أن عندهم الأصلح واجب على الله تعالى، فكان صيانة الله المجتهدين، وتقريرهم على الصواب واجبا عليه، ويلزم من هذا ضرورة أن يقال: كل مجتهد مصيب. (ك)

(١٥) قوله: "لا كما ظنه البعض" ونسبوا القول بأن كل مجتهد مصيب إلى أبى حنيفة رحمه الله، وإنما وقعوا فى هذا الظن بسبب ما نقل عن أبى حنيفة رحمه الله أنه قال: أبو يوسف بن خالد الشمنى، فكل مجتهد مصيب، والحق عند الله واحد، قلنا: معنى هذا الكلام أنه مصيب فى حق عمله حتى أن عمله به يقع صحيحا شرعيا، وإن كان مخطئا للحق عند الله تعالى. (ك)

ميراثًا بينه وبين أخيه، فلان الغائب قضى له بالنصف[١]، وترك النصف لآخر في يد الذي هي في يديه، ولا يستوثق منه[٢] بكفيل، وهذا[٣] عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: إن كان[٤] الذي في يديه جاحدًا أخذ[٥] منه، وجعل في يد أمين[٦]، وإن لم يجحد ترك في يده[٧]. لهما: أن الجاحد خائن، فلا يترك المال في يده، بخلاف المقر، لأنه أمين، وله: أن القضاء وقع للميت[٨] مقصودًا، واحتمال كونه[٩] مختارًا للميت ثابت، فلا ينقض يده كما إذا كان مقرًا[١٠]، وجحوده[١١] قد ارتفع بقضاء القاضي، والظاهر عدم الجحود[١٢] في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي[١٣]. ولو كانت الدعوى[١٤] في منقول فقد قيل: يؤخذ[١٥] منه[١٦] بالاتفاق، لأنه يحتاج فيه إلى الحفظ[١٧]، والنزع أبلغ فيه[١٨]، بخلاف العقار لأنها محصنة[١٩]

---

(١٦) أي محمد. (عيني)

(١) أي بنصف الدار.

(٢) أي من ذي اليد.

(٣) أي ترك النصف الآخر في يد من في يده. (ع)

(٤) وقت دعوى الابن.

(٥) النصف.

(٦) حتى يقدم الغائب.

(٧) لأنه أمين.

(٨) قوله: "وقع للميت" لأن الوارث قال: هذا ميراث، ولا إرث إلا بثبوت الملك للورثة، ولذا يقدم ديونه على الميراث، وينفذ وصاياه منه. (ك)

(٩) ذي اليد.

(١٠) من في يده.

(١١) جواب عن قولهما: إن الجاحد خائن. (ك)

(١٢) قوله: "والظاهر عدم الجحود" جواب عما قيل: لما جحد مرة فالظاهر أنه يدوم على جحوده، فقال: والظاهر عدم الجحود في المستقبل، لأن من الجائز أن جحوده لاشتباه الأمر عليه، وقد صارت الحادثة معلومة له بشهادة الشهود، وللقاضي أيضًا، وبعد ما صار مسجلا مبينًا في خريطة القاضي يؤمن جحود ذي اليد لعلمه أنه لا يلتفت إلى ذلك، ويؤمن تصرفه فيه لعلمه أن ذلك القاضي لا يمكنه منه. (ك)

(١٣) قوله: "لصيرورة الحادثة إلخ" لا يقال: موت القاضي والشهود ونسيانهما للحادثة، واحتراق الخريطة أمور محتملة، فكان الجحود محتملا، لأن ذلك نادر، والنادر لا حكم له. (ع)

(١٤) والمسألة بحالها.

(١٥) النصف الآخر.

(١٦) أي من ذي اليد.

(١٧) قوله: "لأنه يحتاج إلخ" أما إنه يحتاج فيه إلى الحفظ فلأنه ليس بمحصن بنفسه للانتقال من محل، وأما إن

بنفسها، ولهذا[١] يملك الوصى[٢] بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار، وكذا حكم[٣] وصى الأم[٤] والأخ والعم على الصغير. وقيل: المنقول على الخلاف أيضًا[٥]، وقول أبى حنيفة رحمه الله فيه[٦] أظهر[٧] لحاجته إلى الحفظ[٨]، وإنما[٩] لا يؤخذ الكفيل لأنه إنشاء الخصومة[١٠]، والقاضى إنما نصب لقطعها لا لإنشاءها.

وإذا حضر الغائب[١١] لا يحتاج إلى إعادة البينة[١٢]، ويسلم إليه النصف بذلك القضاء[١٣]، لأن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن الباقين فيما يستحق له[١٤]، وعليه[١٥] دينًا كان أو عينًا، لأن المقضى له، وعليه إنما هو الميت فى الحقيقة، وواحد من الورثة

النزع أبلغ فيه، فلأنه لما جحد من بيده يتصرف فيه لخيانته أو لزعمه أنه ملكه، وإذا نزعه الحاكم ووضعه على يد أمين كان هو عدلاً ظاهرًا، فكان المال به محفوظًا. (ع)

(١٨) أى فى الحفظ.

(١٩) محفوظة.

(١) أى لكون المنقول محتاجًا إلى الحفظ. (ك)

(٢) ولو لا أنه محتاج إلى الحفظ لما ملك الوصى ذلك. (ك)

(٣) قوله: "وكذا حكم وصى إلخ" أى فى بيع المنقول من تركة الموصى، ولا يكون له بيع منقول ملك الصغير لا من جهة الموصى، وهذا لأن التركة قبل القسمة ملك الميت من وجه، وملك الورثة من وجه، فأثبتنا للوصى الحفظ باعتبار ما بقى للميت من الملك فى تركته دون مال آخر. وفى "الذخيرة": أما وصى الأم لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغار عن الأب العقار، والمنقول فى ذلك سواء، لأن وصى الأم قائم مقام الأم، والأم حال حياتها لا تملك بيع ما ورثه الصغير العقار، والمنقول المشغول بالدين والحال فى ذلك سواء. (ك)

(٤) قوله: "وصى الأم والأخ، والعم" وإنما خصهم لأنه ليس لهم ولاية التصرف، ولهم ولاية الحفظ، وهذا من باب الحفظ. (ن)

(٥) يعنى لا يؤخذ نصيب الغائب من المدعى عليه على قوله: خلافًا لهما.

(٦) أى فى المنقول.

(٧) أى من قوله فى العقار.

(٨) قوله: "لحاجته إلى الحفظ" والحفظ بالترك فى يده أتم، لأنه يصير محفوظًا صورة، ومعنى لأنه لو هلك فى يده يجب عليه الضمان، لأنه بالإنكار صار ضامنًا، ولو أخذ من يده ووضع فى يد أمين لا يصير محفوظًا معنى، لأنه غير مضمون عليه. (ك)

(٩) راجع إلى قوله: ولا يستوثق منه بكفيل.

(١٠) قوله: "لأنه إنشاء الخصومة" لأن ذااليد ربما لا يسامح نفسه فى دفع الكفيل، والآخر الحاضر يطالبه بالكفيل، فينشأ الخصومة. (ن)

(١١) وأراد أخذ نصيبه.

(١٢) لأن بينة الحاضر كانت له ولأخيه.

(١٣) السابق.

(١٤) أى للميت.

(١٥) أى على الميت.

يصلح خليفة عنه[١] في ذلك، بخلاف الاستيفاء لنفسه[٢]، لأنه[٣] عامل فيه لنفسه، فلا يصلح نائبًا عن غيره، ولهذا لا يستوفى[٤] إلا نصيبه، وصار كما إذا قامت البينة بدين الميت[٥] إلا أنه[٦] إنما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة إذا كان الكل في يده[٧] ذكره[٨] في "الجامع"[٩]، لأنه لا يكون خصمًا بدون اليد[١٠]، فيقتصر القضاء على ما في يده.

ومن قال[١١]: مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة[١٢]، وإن أوصى بثلث ماله فهو على ثلث[١٣] كل شيء، والقياس[١٤] أن يلزمه التصدق بالكل، وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال[١٥] كما في الوصية.

وجه الاستحسان أن إيجاب العبد[١٦] يعتبر[١٧] بإيجاب الله تعالى، فينصرف

---

(١) أي عن الميت.

(٢) قوله: "بخلاف إلخ" جواب عما يقال: لو صلح أحدهم للخلافة لكان كالميت وجاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع إليه سوى نصيبه بالإجماع. (عيني)

(٣) المستوفى.

(٤) الحاضر.

(٥) على رجل فإنه يقضى بالكل، ولا يأخذ إلا نصيب نفسه.

(٦) قوله: "إلا أنه إلخ" استثناء عن قوله: لأن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن الباقين، معناه أن استحقاق الكل على أحد الورثة إنما يكون استحقاقًا على الباقين إذا كان الكل في يده. (ك)

(٧) قوله: "إذا كان الكل إلخ" يعني لو ادعى أحد على أحد الورثة دينا على الميت يكون هو خصمًا في جميع الدين، ولا يكون قضاء على جميع الورثة إن كانت التركة جميعًا في يده. (عيني)

(٨) قوله: "ذكره [أي محمد] في الجامع" ذكر فيه أنه إنما يكون قضاء على جميع الورثة إذا كان المدعى في يد الوارث الحاضر، ولو كان البعض في يده ينفذ بقدره. (ك)

(٩) الكبير. (عيني)

(١٠) قوله: "لا يكون خصمًا إلخ" لأن دعوى العين لا يتوجه إلا على ذي اليد، فإنما ينتصب خصمًا عن الكل إذا كان المدعى في يده، وهذا بخلاف دعوى الدين، فإن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن الميت، وعن باقي الورثة في دعوى الدين على الميت، وإن لم يكن في يده شيء من التركة. (ك)

(١١) نذرًا.

(١٢) قوله: "فهو على ما فيه الزكاة" أي يجب عليه صدقة جميع ما يملك من أجناس الأموال التي يجب فيها الزكاة كالنقدين، ومال السوائم، وأموال التجارة بقليلها وكثيرها، ولا يفرق بين قدر النصاب وما دونه، لأن ذلك يتعلق به الزكاة إذا انضم إليه غيره، فكأنهم اعتبروا الجنس دون القدر، ولايجب عليه التصدق بما لا يكون من جنس ما يجب فيه الزكاة كالعقار والرقيق، وأثاث المنازل، وثياب البذلة وغير ذلك. (ك)

(١٣) ولا يختص بما فيه الزكاة.

(١٤) في الأول. (ع)

(١٥) عما لا يجب فيه الزكاة وما يجب فيه الزكاة.

إيجابه[١] إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال، أما الوصية فأخت الميراث، لأنها خلافة كهى[٢]، فلا يختص[٣] بمال دون مال.

ولأن[٤] الظاهر التزام الصدقة[٥] من فاضل ماله[٦]، وهو مال الزكاة، أما الوصية فتقع فى حال الاستغناء[٧]، فينصرف إلى الكل[٨]، وتدخل فيه[٩] الأرض العشرية عند أبى يوسف رحمه الله، لأنها سبب الصدقة[١٠]، إذ جهة الصدقة فى العشرية راجحة[١١] عنده[١٢]. وعند محمد رحمه الله[١٣] لا تدخل، لأنه[١٤] سبب المؤنة[١٥]، إذ جهة المؤنة[١٦] راجحة عنده[١٧]، ولا يدخل[١٨] أرض الخراج بالإجماع

---

(١٦) فى النذر.

(١٧) يقاس؛ إذ ليس للعبد الإيجاب مبتدأ لئلا ينزع إلى الشركة. (ع)

(١) العبد.

(٢) قوله: "لأنها [الوصية] خلافة كهى" كالوراثة من حيث إنهما يثبتان الملك بعد الموت، والله تعالى أوجب المواريث فى كل عين ودين. (ك)

(٣) الوصية.

(٤) دليل آخر من حال الناذر.

(٥) لأن الحياة مظنة الحاجة إلى ما يقوم به حوائجه الأصلية. (ع)

(٦) حال الحياة.

(٧) عن الأموال.

(٨) فإن بعد موته يكون جنس ماله فاضلا.

(٩) أى فى هذا النذر.

(١٠) قوله: "لأنها سبب الصدقة" وهى العشر، فصارت الأرض العشرية بمنزلة أموال التجارة من حيث كل واحد منهما من جنس أموال يجب فيها الصدقة. (ن)

(١١) ولهذا لا يجب العشر ابتداء على الكافر، ومصرفه مصرف الزكاة.

(١٢) أى عند أبى يوسف.

(١٣) وأبى حنيفة.

(١٤) قوله: "لأنه" أى لأن الأرض العشرية والتذكير لتذكير الخبر. (ع)

(١٥) فأشبه الخراج فصار مثل عبيد الخدمة. (ع و ك)

(١٦) قوله: "جهة المؤنة" مؤنت عبارت است از چيزے كه واجب شود آن چيز بر إنسان بسبب غير، چنانچه نفقه براے حيوان كذا فى تبيين الأصول والمؤنة عبارة عما هو سبب بقاء الشيء الذى كان وجوبه على الإنسان بسبب الغير كالنفقة. ثم العشر والخراج سببان لبقاء الأرض فى أيدى الملاك لما أن مصرف العشر الفقراء، ومصرف الخراج المقاتلة فالمقاتلة يدفعون قاصدى أهل الإسلام، والفقراء يدعون بنصرة أهل الإسلام على الكفار، كذا فى "النهاية"، والخوارزمى. (اصطلاحات از خواجه برهان الدين بن خواجه سيف الدين أورنگ آبادى)

(١٧) لأن سببه الأرض النامية كما فى الخراج. (كافى)

(١٨) فى هذا النذر.

لأنه يتمحض مؤنة[١]. ولو قال: ما أملكه صدقة فى المساكين، فقد قيل: يتناول كل مال، لأنه[٢] أعم من لفظ المال[٣]، والمقيد[٤] إيجاب الشرع[٥]، وهو مختص بلفظ المال، ولا مخصص فى لفظ الملك[٦]، فبقى[٧] على العموم، والصحيح أنهما[٨] سواء[٩]، لأن الملتزم باللفظين[١٠] الفاضل عن الحاجة على ما مر[١١]، ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته[١٢]، ثم إذا أصاب شيئًا[١٣] تصدق بما أمسك، لأن حاجته هذه مقدمة[١٤]، ولم يقدر[١٥] بشىء[١٦] لاختلاف أحوال الناس فيه[١٧].

وقيل: المحترف يمسك قوته ليوم، وصاحب[١٨] الغلة[١٩] لشهر[٢٠]، وصاحب

---

(١) قوله: "لأنه [الخراج] يتمحض مؤنة [وفيها معنى العقوبة، وليست بعبادة من وجه. كافى]" لأن مصرف الخراج المقاتلة، وفيه الأغنياء. (عينى)

(٢) أى لأن لفظ الملك.

(٣) قوله: "أعم من لفظ المال" لأن لفظ الملك يطلق على المال وغيره، فإنه يقال: ملك النكاح، وملك القصاص، وملك المنفعة، واسم المال لا يطلق على ما ليس بمال، فإذا كان لفظ الملك أعم فيظهر لعمومه زيادة مزية على المال، وذلك فى أن ينصرف إلى كل مال، فصار كأنه قال: كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة. فحينئذٍ ينصرف إلى مال الزكاة وغيره، كذا هذا. (ك)

(٤) قوله: "والمقيد [بمال الزكاة] إلخ" جواب عما يقال: الصدقة فى الأموال مقيدة فى الشرع بأموال الزكاة، فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية. (مل)

(٥) قوله: "إيجاب الشرع" وهو قوله تعالى: ﴿خذ من أموالهم صدقة﴾، وقوله عليه السلام: «هاتوا ربع عشر أموالكم». (ك)

(٦) قوله: "ولا مخصص إلخ" إذ لم يوجد من الله تعالى إيجاب الصدقة مضافا إلى الملك مخصّصًا بأموال الزكاة. (عينى)

(٧) فيه نظر لأنه حينئذ لا يكون إيجاب العبد معتبراً بإيجاب الشرع. (٤)

(٨) قوله: "والصحيح أنهما" أى أن لفظ الملك ولفظ المال سواء يعنى يختصان بالأموال الزكاتية. (مل)

(٩) قوله: "سواء" أى حكم الملك كحكم المال، حتى لا يعمان جميع الأموال من العقار والرقيق، وثياب البذلة، بل يخصان بالأموال التى فيها الزكاة. (ن)

(١٠) أى لفظ المال، ولفظ الملك.

(١١) قوله: "على ما مر" إشارة إلى قوله: ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله. (عينى)

(١٢) قوله: "قوته" قوت -بالضم- خورش باندازه قوام بدن إنسان. (من)

(١٣) من الدنيا.

(١٤) قوله: "لأن حاجته هذه مقدمة [على الصدقة]" إذ لو لم يمسك لاحتاج أن يسأل الناس من يومه وقبيح أن يتصدق بماله، ويسأل الناس من يومه. (٤)

(١٥) قوله: "ولم يقدر" على صيغة المجهول، أى لم يبين فى "المبسوط" مقدار ما يمسك. (عينى)

(١٦) أى مقدار ما يمسك. (ن)

(١٧) لقلة عياله وكثرة عياله. (ن)

الضياع لسنة[١] على حسب التفاوت في مدة وصولهم إلى المال[٢]، وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله.

قال[٣]: ومن أوصي إليه[٤]، ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئًا[٥] من التركة فهو وصى، والبيع جائز، ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم[٦].

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في الفصل[٧] الأول أيضًا، لأن الوصاية إنابة بعد الموت، فتعتبر[٨] بالإنابة قبله[٩]، وهي الوكالة.

وجه الفرق[١٠] على الظاهر[١١] أن الوصاية خلافة[١٢] لإضافتها إلى زمان بطلان الإنابة[١٣]، فلا يتوقف[١٤] على العلم كما في تصرف الوارث[١٥]، أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية المنوب عنه[١٦]، فيتوقف على العلم[١٧]، وهذا[١٨] لأنه لو توقف[١٩] على

---

(١٨) أي صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي يوجرها الإنسان. (ك)

(١٩) قوله: "الغلة" غلة -بالفتح- در آمد هر چيزى از حبوب، ونقود، وجزآن، وآمد كراية مكان ومزد غلام وما حصل زمين. (من)

(٢٠) أي يمسك قوته لشهر.

(١) أي يمسك قوته لسنة.

(٢) قوله: "على حسب التفاوت إلخ" لأن يد الدهقان إنما يصل إلى ما ينفق سنة فسنته ويد صاحب الغلة شهرًا، فشهرًا ويد العامل يومًا فيومًا، فلما وصل ماله إليه يتصدق المقدار الذي أمسك. (ن)

(٣) أي محمد. (عيني)

(٤) أي جعل وصيًا.

(٥) بعد موت الموصى.

(٦) أنه وكيل لتوقف التوكل على العلم.

(٧) قوله: "في الفصل" أي لا يجوز بيع الوصى قبل العلم بالوصاية أيضًا اعتبارًا بالوكالة.

(٨) تقاس.

(٩) الموت.

(١٠) بينهما.

(١١) أي ظاهر الرواية.

(١٢) لا إنابة.

(١٣) وهو زمان ما بعد الموت.

(١٤) الوصاية.

(١٥) قوله: "كما في تصرف الوارث" لو باع الوارث تركة المورث بعد موته وهو لايعلم بموته جاز بيعه، فكذا الوصى. (ك)

(١٦) فإنه حي.

(١٧) قوله: "فيتوقف [الإنابة] على العلم" فإن قيل: إذا قال لرجل: اشتر عبدي من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان، وباع عبده صح من غير توقف على علمه.

العلم لا يفوت النظر لقدرة الموكل، وفى الأول[1] يفوت لعجز الموصى.

ومن أعلمه[2] من الناس بالوكالة يجوز تصرفه، لأنه إثبات حق[3] لا إلزام أمر. قال: ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده[4] شاهدان[5]، أو رجل[6] عدل، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله. وقالا: هو والأول[7] سواء[8]، لأنه من المعاملات، وبخبر الواحد فيها[9] كفاية. وله: أنه خبر ملزم[10]، فيكون شهادة من وجه، فيشترط أحد شطريها[11] وهو العدد[12] أو العدالة بخلاف الأول[13]، وبخلاف[14] رسول الموكل[15]، لأن عبارته كعبارة المرسل[16] للحاجة إلى

أجيب بأنه على الروايتين، ووجه الفرق على رواية الجواز أنه يثبت ضمنًا، والكلام فى الوكالة التى تثبت قصدًا. (ع)

(١٨) أى توقف الوكالة على العلم دون الوصاية.

(١٩) الوكالة.

(١) أى أن الوصاية لو توقف على العلم يفوت النظر.

(٢) قوله: "ومن أعلمه [الوكيل] إلخ" أى إذا ثبت أن علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من إعلام، فمن أعلمه من الناس بذلك سواء كان بالغًا مسلمًا عدلا، أو على أضداد ذلك بعد ما كان مميزًا جاز تصرفه. (ع)

(٣) قوله: "لأنه إثبات حق" أى إطلاق محض لا يشتمل على شىء من الإلزام، وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف. (عينى)

(٤) قوله: "حتى يشهد إلخ" أى يخبر مخبران، والمراد بالشهادة الإخبار، لأن لفظ الشهادة ههنا ليس بشرط. (ك)

(٥) قوله: "شاهدان إلخ" العدالة شرط فى المخبرين هكذا روى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله، لأنه لو صح هذا الخبر من الفاسقين لكان إلزامًا بقول الفاسق، وذلك لا يجوز، وبه أخذ الفقيه أبو جعفر الهندوانى، وزعم أنه هو المذهب عند أبى حنيفة، ومعنى ما أطلق فى الكتاب محمول على ما إذا كان لا يعلم حالهما بالفسق والعدالة، كذا فى "النهاية". (ك)

(٦) واحد. (ك)

(٧) أى الإعلام بالوكالة.

(٨) أى فى الاكتفاء بخبر الواحد.

(٩) أى فى المعاملات بدون الإلزام.

(١٠) قوله: "أنه خبر ملزم" لما فيه من ضرر يلزم الآخر من حيث منعه عن التصرف، فيكون شهادة من وجه، ويشبه التوكيل من حيث إن المتصرف يتصرف فى ملكه، فوجب أن يشترط أحد شطرى الشهادة، وهو العدد أو العدالة توفيرًا على الشبهين حظهما والإلزام من كل وجه ما كان إلزامًا على خصم منكر مشروطًا بلفظ الشهادة. (ك)

(١١) الشهادة.

(١٢) بأن يكون اثنين.

(١٣) قوله: "بخلاف الأول" أى الإعلام بالوكالة، فإنه لما لم يكن فيه إلزام أصلا لم يكن فى معناه أصلا، فلم يشترط فيه شىء من ذلك. (ع)

(١٤) فإنها لا يشترط فيه العدد أو العدالة.

(١٥) إلى الوكيل.

(١٦) فصار كأنه حضره. (ك)

الإرسال[١]، وعلى هذا الخلاف[٢] إذا أخبر المولى بجناية عبده[٣]، والشفيع[٤]، والبكر[٥]، والمسلم الذى لم يهاجر إلينا[٦].

قال[٧]: وإذا باع القاضى[٨] أو أمينه عبداً للغرماء[٩]، وأخذ[١٠] المال[١١] فضاع[١٢]، واستحق العبد[١٣] لم يضمن[١٤]؛ لأن أمين القاضى قائم مقام القاضى، والقاضى قائم مقام الإمام، وكل واحد منهم[١٥] لا يلحقه ضمان[١٦]؛ كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الأمانة، فتضيع الحقوق، ويرجع المشترى على الغرماء، لأن البيع واقع لهم، فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد[١٧]، كما إذا كان العاقد محجوراً عليه[١٨]، ولهذا[١٩] يباع[٢٠] بطلبهم.

---

(١) قوله: "للحاجة إلى الإرسال" فإنه ربما لا يتفق لكل أحد فى كل وقت بالغ عدل يرسله إلى وكيله. (عينى)

(٢) أى بين الإمام وصاحبيه فى اشتراط أحد شطرى الشهادة.

(٣) قوله: "إذا أخبر المولى إلخ" فإن أخبره اثنان أو واحد عدل، فتصرف فيه بعده بعتق أو بيع كان اختياراً منه للفداء، وإن أخبره فاسق فصدقه فكذلك وإلا فعلى الاختلاف، فعنده لا يكون اختياراً خلافًا لهما. (عينى)

(٤) قوله: "والشفيع" أى إذا أخبره اثنان، أو واحد عدل بالبيع فسكت سقطت شفعته، وإن أخبره فاسق فعلى الاختلاف. (عينى)

(٥) قوله: "والبكر" أى إذا أخبرها اثنان، أو واحد عدل بإنكاح الولى، فسكتت كان رضا بلا خلاف، وإن كان واحداً غير عدل لا يكون سكوتها رضا عنده خلافًا لهما. (مل)

(٦) قوله: "والمسلم الذى لم يهاجر إلخ" أى حربى أسلم فى دار الحرب، ولم يهاجر فأخبر بما عليه من الفرائض إن كان المخبر عدلا، أو اثنين لزمته الفرائض حتى لو ترك يلزمه قضاءها، وإن كان المخبر فاسقًا إن صدقه فكذلك، وإن كذبه فعلى الاختلاف الذى قلنا، فعنده لا يلزمه خلافًا لهما. وقال شمس الأئمة السرخسى: والأصح عندى أنه يلزمه القضاء ههنا، لأن من يخبره فهو رسول رسول الله ﷺ. (ك)

(٧) أى محمد. (عينى)

(٨) قوله: "وإذا باع القاضى إلخ" صورته رجل يموت وعليه دين مائة درهم لرجل، وله عبد يساوى مائة درهم، فيرفع الغريم الوصى إلى القاضى، فباع القاضى إلخ. (عينى)

(٩) أى لأجل الغرماء وهو أرباب الديون. (ك

(١٠) البائع.

(١١) الثمن.

(١٢) المال.

(١٣) من يد المشترى.

(١٤) القاضى ولا أمينه.

(١٥) أى من الإمام، والقاضى وأمينه.

(١٦) خوفًا من الضمان.

(١٧) أى القاضى أو أمينه.

(١٨) قوله: "كما إذا كان العاقد محجوراً [غير مأذون] عليه" أطلق لفظ المحجور ليتناول الصبى المحجور، والعبد

وإن أمر القاضي الوصي ببيعه[١] للغرماء، ثم استحق[٢]، أو مات[٣] قبل القبض، وضاع المال[٤] رجع المشترى على الوصى؛ لأنه عاقد نيابةً عن الميت[٥]، وإن[٦] كان[٧] بإقامة القاضي عنه، فصار كما إذا باعه بنفسه[٨].

قال[٩]: ويرجع الوصى على الغرماء، لأنه[١٠] عامل لهم[١١]، وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم[١٢] فيه بدينه، قالوا: ويجوز أن يقال: يرجع بالمائة[١٣] التى غرمها[١٤] أيضًا[١٥]، لأنه لحقه[١٦] فى أمر الميت، والوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم[١٧]؛ لأنه إذا لم يكن فى التركة دين كان العاقد عاملا له.

المحجور، فإن من وكل صبيًا محجورًا يعقل البيع والشراء، أو عبدًا محجورًا جاز العقد بمباشرتهما، ولا يتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما، لأن التزام العهدة لا يصح منهما، ففى الصبى لقصور أهليته، وفى العبد لحق سيده. (ك)

(١٩) أى لأجل وقوع البيع لأجل الغرماء.

(٢٠) العبد.

(١) العبد.

(٢) العبد.

(٣) العبد.

(٤) الثمن.

(٥) قوله: "لأنه [الوصى] عاقد نيابة إلخ" أما إذا كان الميت أوصى إليه فظاهر، وأما إذا نصب القاضى فكذلك، لأن القاضى إنما نصبه ليكون قائمًا مقام الميت لا ليكون قائمًا مقام القاضى. (ك)

(٦) الواو وصلية.

(٧) الوصى.

(٨) قوله: "كما إذا باعه بنفسه" أى المديون إذا باشر العقد بنفسه حال حياته كانت الحقوق راجعة إليه، فكذا ترجع إلى من قام مقامه بعد مماته، فيرجع المشترى على الوصى. (ك)

(٩) قوله: "قال" يجوز أن يكون فاعله محمد، لأنه حكى عن أبى حنيفة، ويجوز أن يكون فاعله المصنف. (عينى)

(١٠) الوصى.

(١١) قوله: "عامل لهم" ومن عمل عملا لغيره، ولحقه ضمان يرجع على من وقع له العمل.

(١٢) أى يأخذ دينه من ذلك. (ع)

(١٣) قوله: "يرجع [الغريم] بالمائة إلخ" وقيل: ليس له ذلك لأنه إنما ضمن من حيث إن العقد وقع له، فلم يكن له أن يرجع على غيره. (ع)

(١٤) للوصى أو للمشترى. (ك)

(١٥) أى كما يرجع بدينه.

(١٦) أى الغرامة.

(١٧) قوله: "والوارث إلخ" الوارث إذا احتاج إلى بيع شيء من التركة وهو صغير فباعه الوصى، ثم استحق رجع المشترى بالثمن على الوصى، والوصى على الوارث، ولو باعه أمين القاضى رجع المشترى على الوارث إذا كان أهلا، وإن لم يكن أهلا ينصب القاضى عنه وصيا، فيرجع ويؤدى من مال الصغير. (ك)

فصل آخر[١]

وإذا قال القاضي: قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه، أو بالقطع فاقطعه، أو بالضرب فاضربه، وسعك أن تفعل، وعن محمد رحمه الله[٢]: أنه رجع عن هذا[٣]، وقال: لا تأخذ بقوله حتى[٤] تعاين الحجة؛ لأن قوله[٥]: يحتمل الغلط والخطأ، والتدارك غير ممكن، وعلى هذه[٦] الرواية لا يقبل كتابه.

واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة فى زماننا إلا فى كتاب القاضى[٧] للحاجة إليه، وجه ظاهر الرواية أنه أخبر عن أمر يملك إنشاءه[٨]، فيقبل لخلوه عن التهمة.

ولأن طاعة أولى الأمر واجبة، وفى تصديقه طاعة، وقال الإمام أبو منصور رحمه الله[٩]: إن كان[١٠] عدلا عالمًا يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة[١١]، وإن كان[١٢] عدلا جاهلا يستفسر[١٣]، فإن أحسن التفسير[١٤] وجب تصديقه، وإلا فلا[١٥]، وإن كان[١٦] جاهلا فاسقًا، أو عالماً فاسقًا لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم

(١) قوله: "فصل آخر" جمع فى هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعها أصل واحد يتعلق بكتاب القضاء، وهو أن قول القاضى بانفراده قبل العزل وبعده مقبول أولا. (ع)

(٢) فى رواية ابن سماعة عنه.

(٣) قوله: "أنه رجع إلخ" لأنه كان حكى هذا عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمه الله فى "الجامع الصغير"، ثم رجع عنه. (عينى)

(٤) أى حتى لم يكن الشهادة بحضرتك.

(٥) القاضى.

(٦) قوله: "وعلى هذه" أى هذه الرواية عن محمد تقتضى أن لا يقبل كتاب القاضى.

(٧) قوله: "إلا فى كتاب القاضى" أى إلى القاضى فأنهم لم يأخذوا فيه بهذه الرواية، وأخذوا بظاهر الرواية. (عينى)

(٨) قوله: "أنه أخبر إلخ" ومن تمكن من الإنشاء عما أخبر به لم يتهم فى خبره، وفيه بحث، وهو أنه متمكن من ذلك بحجة أو بدونها، والثانى ممنوع، والأول يجبر إلى غير ظاهر الرواية عن معاينة الحجة. (ع)

(٩) قوله: "وقال الإمام إلخ" أى ظاهر الرواية يدل على جواز الاعتماد على قوله من غير استفسار، وقال الإمام أبو منصور إلخ. (ع)

(١٠) القاضى.

(١١) لعلمه وعدالته.

(١٢) القاضى.

(١٣) عن قضاءه.

(١٤) قوله: "فإن أحسن التفسير" بأن يقول فى حد الزنا: إنى استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه، وحكمت عليه بالرجم، ويقول فى حد السرقة: إنه ثبت عندى بالحجة أنه أخذ منه نصابًا من حرز لا شبهة فيه، وفى القصاص أنه قتل عمدًا بلا شبهة، وإنما يحتاج إلى استفسار الجاهل لأنه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا. (ك)

لتهمة الخطأ[١] والخيانة[٢].

قال[٣]: وإذا عزل القاضي[٤] فقال لرجل: أخذت منك ألفًا، ودفعتها إلى فلان، قد قضيت بها له عليك، فقال الرجل: أخذتها ظلمًا فالقول قول القاضي، وكذلك[٥] لو قال: قضيت بقطع يدك في حق هذا[٦] إذا كان الذى قطعت يده، والذى أخذ منه المال مقرين أنه[٧] فعل ذلك[٨] وهو[٩] قاضٍ.

ووجهه[١٠] أنهما[١١] لما توافقا أنه[١٢] فعل ذلك[١٣] في قضاءه كان الظاهر شاهدا[١٤] له[١٥]، إذ القاضى لا يقضى بالجور ظاهرًا، ولا يمين عليه[١٦]؛ لأنه ثبت فعله في قضاءه بالتصادق[١٧]، ولا يمين على القاضي[١٨].

ولو أقر القاطع[١٩]، أو الآخذ بما أقر به القاضى لا يضمن أيضًا؛ لأنه فعله فى

---

(١٥) قوله: "وإلا فلا" أى وإن لم يحسن نفسيره فلا يجب تصديقه ولا يقبل قوله. (عينى)

(١٦) القاضى.

(١) فى الجهل.

(٢) فى الفسق.

(٣) أى محمد. (عينى)

(٤) قوله: "وإذا عزل إلخ" لما فرغ عن بيان ما يخبر به القاضى من قضاءه فى زمن ولايته شرع فى بيان ذلك بعد عزله. (ع)

(٥) أى القول قول القاضى.

(٦) أى كون القول قول القاضى فى هاتين الصورتين.

(٧) القاضى.

(٨) أى أخذ المال والقطع.

(٩) الواو حالية.

(١٠) قوله: "ووجهه" أى وجه كون القول قول القاضى فى هاتين الصورتين.

(١١) قوله: "أنهما" أى أن القاضى والمأخوذ منه المال والمقطوع يده. (عينى)

(١٢) القاضى.

(١٣) أى أخذ المال والقطع.

(١٤) والقول لمن يشهد له الظاهر.

(١٥) القاضى.

(١٦) القاضى.

(١٧) قوله: "لأنه إلخ" ولأنا لو أوجبنا اليمين على القاضى فى مواضع اليمين لا متنع الناس عن الدخول فى القضاء، فيتعطل أمور الناس. (ن)

(١٨) قوله: "ولا يمين على القاضى" لأنه لو لزمه اليمين لصار خصمًا، وقضاء الخصم لا ينفذ، والقاضى أمين لا خصيم. (ك)

(١٩) قوله: "ولو أقر إلخ" أى لو أقر القاطع بأمر القاضى، أو آخذ المال بأمر القاضى بالقطع، والأخذ بقضاء القاضى

حال القضاء، ودفع القاضي[١] صحيح كما إذا كان معاينًا.

ولو زعم[٢] المقطوع يده، أو المأخوذ ماله أنه[٣] فعل ذلك[٤] قبل التقليد أو بعد العزل فالقول للقاضي أيضًا، وهو الصحيح[٥]، لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان[٦]، فصار[٧] كما إذا قال[٨]: طلقت، أو أعتقت وأنا[٩] مجنون، والجنون[١٠] منه كان معهودًا[١١].

ولو أقر القاطع أو الآخذ فى هذا الفصل[١٢] بما أقر به القاضى[١٣] يضمنان[١٤]؛ لأنهما أقرا بسبب الضمان[١٥]، وقول القاضى مقبول فى دفع الضمان عن نفسه لا فى

لا يضمن أيضًا كالقاضى، لأنه أى لأن القاطع أو الآخذ فعله فى حاله القضاء، فلا يضمن. (ن)

(١) قوله: "ودفع القاضى" أى دفع القاضى المال إلى رب الدين أو المستحق الذى هو الآخذ صحيح، لأنه دفعه فى حالة القضاء فالظاهر أنه دفعه بحق، فكان دفعه صحيحًا كما إذا كان معاينًا، أى كما إذا كان دفع القاضى المال إلى الآخذ بحكم القضاء فى معاينة المأخوذ منه المال حكمه أنه لا يضمن الآخذ، فكذا إذا أقر بما أقر به القاضى. (ن)

(٢) أى قال.

(٣) القاضى.

(٤) والقاضى يقول: إنه فعل ذلك حال قضاءه.

(٥) قوله: "وهو الصحيح" احتراز عما قال شمس الأئمة السرخسى: إن القول قول المدعى فى هذه الصورة بناء على أن المنازعة إذا وقعت فى الماضى يحكم الحال، وفى هذه الحالة فعله موجب للضمان، وهو بهذا الإسناد يدعى ما يسقط الضمان عنه، وأما فى الأول فقد تصادقا أنه فعله وهو قاض، وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهرًا، لأنه الأصل أن يكون قضاءه حقًا. (ع)

(٦) قوله: "لأنه [القاضى] أسند إلخ" لما مر أن حالة القضاء تنافى الضمان، فالقاضى بذلك الأسناد منكر، والقول للمنكر. (ع)

(٧) إسناد القضاء ههنا. (ع)

(٨) قوله: "كما إذا قال إلخ" فالقول قوله حتى لا يقع الطلاق والعتاق لإضافته إلى حالة منافية للإيقاع. (ع)

(٩) الواو حالية.

(١٠) الواو حالية.

(١١) معلومًا بين الناس. (ع)

(١٢) قوله: "فى هذا الفصل" أى فى هذه الصورة وهى صورة زعم المقطوع يده والمأخوذ ماله أن القاضى قطع وأخذ ماله قبل التقليد أو بعد العزل. (ن)

(١٣) أى الفعل فى حال القضاء.

(١٤) قوله: "يضمنان" فإن قيل: قد وجد منه الإسناد أيضًا إلى حالة معهودة منافية للضمان، فيجب أن لا يضمنا كالقاضى. قلنا: إن هذه جهة يعارضها ما هو أقوى منها يقتضى وجوب الضمان وهو الإقرار بسبب الضمان، لأن هذه جهة قطعية لكون إقرار كل مقر حجة قطعية على نفسه، وما ذكرنا من قضاء القاضى فى حقهما حجة ظاهرة لا قطعية، والظاهر أنه لا يعارض القطعى. (ن)

(١٥) أى أخذ المال وقطع اليد.

إبطال سبب الضمان على غيره بخلاف الأول[١]، لأنه ثبت فعله[٢] في قضاءه بالتصادق[٣].

ولو كان المال في يد الآخذ قائماً، وقد أقر بما أقر به القاضي، والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضاءه، أو ادعى أنه فعله في غير قضاءه يؤخذ[٤] منه؛ لأنه أقر أن اليد كانت له[٥]، فلا يصدق[٦] في دعوى تملكه إلا بحجة، وقول المعزول فيه ليس بحجة[٧].

كتاب الشهادة[٨]

قال[٩]: الشهادة فرض تلزم الشهود، ولا يسعهم[١٠] كتمانها إذا طالبهم المدعي؛ لقوله تعالى[١١]: ﴿ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا[١٢]﴾، وقوله تعالى: ﴿ولا تكتموا الشهادة[١٣] ومن يكتمها فإنه آثم قلبه[١٤]﴾، وإنما يشترط[١٥] طلب المدعي لأنها

---

(١) أي الفصل الأول.

(٢) القاضي.

(٣) قوله: "بالتصادق" أي بتصادق القاضي والمقطوع يده والمأخوذ ماله.

(٤) يؤخذ أي المال جزاء لقوله: ولو كان.

(٥) أي للمأخوذ منه.

(٦) لأنه لم يكن له ولاية الأخذ إلا بحجة ظاهرة.

(٧) قوله: "ليس بحجة" لكونه شهادة فرد بخلاف ما لو كان المال هالكًا، لأن القاضي ينكر وجوب الضمان، والقول قول المنكر. (عيني)

(٨) قوله: "كتاب الشهادة" هي في اللغة عبارة عن الإخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان، ولهذا قالوا: ههنا مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة. وفي اصطلاح أهل الفقه عبارة عن الإخبار الصادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة، فالإخبار كالجنس يشتملها والأخبار الكاذبة.

وقوله: صادق يخرج الكاذبة، وقوله: في مجلس الحكم وبلفظ الشهادة يخرج الأخبار الصادقة غير الشهادات، وسببها معاينة ما يتحملها، ومشهدته بما يختص بمشاهدة من السماع في المسموعات والإبصار في المبصرات ونحو ذلك، وسبب أداءها، إما طلب المدعي منه الشهادة، أو خوف فوت المدعي إذا لم يعلم عليه. والإسلام إن كان المدعى عليه مسلماً، وحكمها وجوب الحكم على الحاضر بمقتضاها، والقياس لا يقتضي ذلك لاحتمال الكذب لكن لما شرط العدالة لترجح جانب الصدق ووردت النصوص بالاستشهاد جعلت موجبة. (عناية)

قوله: "الشهادة" إيراد هذا الكتاب عقيب كتاب أدب القاضي ظاهر المناسبة إذ القاضي في قضاءه يحتاج إلى شهادة الشهود عند إنكار الخصم. (ع)

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) تأكيد لقوله: تلزم إلخ.

(١١) دليل على أن الطلب من المدعي شرط الفرضية.

(١٢) قوله: "ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا" والنهي عن الإباء عند الدعاء أمر بالحضور عند الدعاء. (ك)

حقه[1]، فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق[2].

والشهادة فى الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والإظهار؛ لأنه[3] بين حسبتين[4]: إقامة الحد، والتوقى[5] عن الهتك[6]. والستر أفضل؛ لقوله عليه السلام[7]: «للذى شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيراً لك[8]»*، وقال عليه السلام[9]: «من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا والآخرة»**، وفيما نقل من تلقين الدرء[10] عن النبى عليه السلام[11] وأصحابه رضى الله عنهم[12] دلالة ظاهرة

---

(١٣) قوله: "ولا تكتموا الشهادة إلخ" هو بظاهره يدل على النهى عن كتمانها على وجه المبالغة، والنهى عن أحد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض الآخر لئلا يرتفع النقيضان، فإذا كان الكتمان منهيًا فيكون الإظهار ثابتًا، وثبوته بالأداء، وما لم يجب لا يثبت، فكان إظهار الأداء واجبًا. (ع)

(١٤) قوله: "فإنه آثم قلبه" وعيد، واستحقاق الوعيد بترك الواجب، ثم لم يقتصر على قوله: فإنه آثم لزيادة التأكيد لما أن إسناد الفعل إلى الجارحة التى يعمل بها الإثم من الإسناد إلى الجملة، ولأن القلب رئيس الأعضاء، والمضغة التى إن صلحت صلح البدن كله، وإن فسدت فسد البدن كله. (ك)

(١٥) أى إنما يشترط وجود سبب الأداء وهو طلب المدعى، فالطلب سبب الأداء ووجوده شرط. (ع)

(١) مدعى.

(٢) قوله: "فيتوقف إلخ" ونوقض بما إذا علم الشهادة الشاهد، ولم يعلم بها المدعى، ويعلم الشاهد أنه لو لم يشهد يضيع حقه، فإنه يجب عليه الشهادة ولا طلب ثمه. والجواب أنه ألحق بالمطلوب دلالة، فإن موجب الأداء عند الطلب إحياء الحق، وهو فيما ذكرتم موجودة فألحق به. (ع)

(٣) الشاهد.

(٤) الحسبة –بالكسر– ثواب. (م)

(٥) پرهيز كردن. (من)

(٦) أى هتك عرض أخيه المسلم. (ك)

(٧) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" قيل: هذه الأخبار معارضة لإطلاق الكتاب، أى لا تكتموا الشهادة الآية، وإعمالها نسخ لإطلاقه، وهو لا يجوز بخبر الواحد، والحق أن يقال: القدر المشترك فيما نقل عن النبى ﷺ وأصحابه رضى الله عنهم فى الدرء متواتر فى المعنى، فجاز الزيادة به. (ع)

(٨) قوله: "للذى شهد [بالزنا] عنده لو سترته إلخ" قلت: الذى قال له النبى ﷺ هذا القول لم يشهد عنده بشىء، ولكنه رجل حمل ماعزًا على أن اعترف بالزنا عند النبى ﷺ، وذلك الرجل اسمه هزال، كذا فى "تخريج الزيلعى". (مل)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٧٤، والدراية ج٢، الحديث ٨٢٤ص١٧٠. (نعيم)

(٩) قلت: أخرجه البخارى ومسلم عن أبى هريرة مرفوعًا قال: ومن ستر مسلماً ستره الله فى الدنيا والآخرة. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٧٩، والدراية ج٢، الحديث ٨٢٦ص١٧١. (نعيم)

(١٠) أى دفع الحد.

(١١) قوله: "عن النبى عليه السلام" للبخارى عن ابن عباس فى حديث ماعز قال له عليه السلام: لعلك قبلت، أو غمزت، أو نظرت، قال: لا، قال: أفنكتها، قال: نعم، فعند ذلك أمر برجمه، انتهى.

وأخرج أبو داود: "أن النبى ﷺ أتى بلص قد اعترف اعترافًا، ولم يوجد معه متاع، فقال له رسول الله ﷺ:

عن أفضلية الستر*.

إلا[٢] أنه يجب له أن يشهد بالمال في السرقة، فيقول: أخذ؛ إحياء لحق المسروق منه[٣]، ولا يقول: سرق محافظة على الستر، ولأنه لو ظهرت السرقة[٤] لوجب القطع[٥]، والضمان لا يجامع القطع، فلا يحصل إحياء حقه.

قال[٦]: والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال[٧]؛ لقوله تعالى[٨]: ﴿وَاللاتى يأتين الفَاحِشَةَ من نسائكم فَاستَشهِدُوا عليهن أربعةً منكُم﴾، ولقوله تعالى[٩]: ﴿ثم لم يأتوا بأربعة[١٠] شهداء[١١]﴾.

ولا يقبل فيها شهادة النساء؛ لحديث[١٢] الزهري[١٣] مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم والخليفتين[١٤] من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص**، ولأن فيها شبهة البدلية[١٥] لقيامها مقام شهادة الرجال[١٦]، فلا تقبل

«ما إخالُكَ سَرقتَ» قال: بلى، فأعاد عليه مرتين و ثلاثًا فأمر به فقطع"، انتهى. (ت)

(١٢) أبي بكر وعمر وعلى وابنه الحسن، وأبي هريرة، وعمرو بن العاص، وأبي مسعود، وأبي واقد الليثي رضى الله عنهم. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٧٦، والدراية ج٢، الحديث ٨٢٥ص١٧٠. (نعيم)

(٢) استثناء منقطع من قوله: يخبر فيها الشاهد.

(٣) ورعاية حق الله وهو الحد ليس بأهم من رعاية حق العبد.

(٤) بقوله: سرق.

(٥) ويسقط الضمان.

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) قوله: "يعتبر فيها أربعة من الرجال" أما اشتراط الأربعة فيه دون القتل العمد وغيره فالظاهر منه أن الله تعالى يجب الستر على عباده، ولا يرضى بإشاعة الفاحشة. (ع)

(٨) قوله: "لقوله تعالى إلخ" فإن قيل: في هذه النصوص بيان جواز العمل بهذا العدد، وليس فيها بيان نفي ذلك بدون العدد، قلنا: المقادير في الشرع لمنع الزيادة أو النقصان، أو لمنعهما، وهذا التقدير لا يمنع الزيادة، فلو لم يفد منع النقصان لم يبق لهذا التقدير فائدة، فكان هذا قضية متلقاة من جهة الشرع، فينتهى إلى ما أنهانا الشرع إليه. (ك)

(٩) والذين يرمون المحصنات.

(١٠) ولفظ الأربعة نص في العدد والذكورة. (ع)

(١١) فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدًا.

(١٢) رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه" لكن فيه ليس لفظ: والقصاص، كذا في "تخريج الزيلعي".

(١٣) تابعي توفي في رمضان سنة ١٢٤ هـ.

(١٤) قوله: "والخليفتين [أي أبي بكر وعمر رضى الله تعالى عنهما]" وتخصيصهما بالذكر ما ورد في حقهما من قوله ﷺ: «اقتدوا بالذين من بعده أبي بكر وعمر». (ع)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٧٩، والدراية ج٢، الحديث ٨٢٨ص١٧١. (نعيم)

فيما يندرئ بالشبهات.

ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص[١] تقبل فيها شهادة رجلين؛ لقوله تعالى[٢]: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾، ولا يقبل فيها شهادة النساء[٣] لما ذكرنا[٤]. قال[٥]: وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا أو غير مال، مثل النكاح، والطلاق، والوكالة، والوصية[٦] ونحو ذلك[٧].

وقال الشافعي رحمه الله: لا يقبل شهادة النساء مع الرجال إلا فى الأموال وتوابعها[٨]؛ لأن الأصل فيها[٩] عدم القبول لنقصان العقل، واختلال الضبط[١٠]، وقصور الولاية، فإنها لا تصلح للإمارة[١١]، ولهذا[١٢] لا تقبل[١٣] فى الحدود.

ولا تقبل شهادة الأربع منهن وحدهن إلا[١٤] أنها قبلت فى الأموال ضرورة[١٥]، والنكاح[١٦] أعظم خطرًا وأقل وقوعًا، فلا يلتحق بما هو أدنى خطرًا وأكثر وجودًا[١٧].

---

(١٥) قوله: "ولأن فيها شبهة إلخ" إنما قال: شبهة البدلية لأن حقيقتها إنما تكون فيما امتنع العمل بالبدل مع إمكان الأصل، وليس شهادتهن كذلك فإنها جائزة مع إمكان العمل بشهادة الرجلين. (ع)

(١٦) لقوله تعالى: فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان.

(١) أى سوى حد الزناء كحد القذف وحد الشرب.

(٢) قوله: "لقوله تعالى إلخ" فإن قيل: هذا النص ورد فى المداينات لما مر، فكيف يكون حجة فى الحدود والقصاص؟ قلنا: العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب حتى إن هذه الآية جعلت حجة فى غير المداينات من الحقوق التى تثبت مرة بالإقرار، ومرة بالشهود ولا حق يثبت شرعًا بالشهود التى فوق الاثنين سوى حد الزنا، فتعين ثبوت سائر الحقوق بالاثنين من الشهود ومن سائر الحقوق بقية الحدود، فيثبت بشهادة رجلين. (ك)

(٣) أى فى بقية الحدود والقصاص.

(٤) من حديث الزهرى وشبهة البدلية.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) أى الإيصاء لأنه فى تعداد غير المال. (ك)

(٧) كالعتاق والنسب. (ك)

(٨) قوله: "وتوابعها" كالإعارة والإجارة، والكفالة، والأجل، وشرط الخيار. (ك)

(٩) أى فى شهادة النساء.

(١٠) لغلبة النسيان.

(١١) الخلافة.

(١٢) أى لأجل أن الأصل عدم القبول.

(١٣) أى شهادة النساء.

(١٤) استثناء من قوله: لأن الأصل إلخ.

(١٥) أى ضرورة إحياء حقوق العباد لكثيرة وقوعها. (ع)

ولنا: أن الأصل فيها[١] القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة، وهو المشاهدة والضبط والأداء[٢]، إذ بالأول يحصل العلم للشاهد، وبالثاني يبقى[٣]، وبالثالث يحصل العلم للقاضي، ولهذا[٤] يقبل إخبارها في الأخبار[٥]، ونقصان الضبط[٦] بزيادة النسيان انجبر بضم الأخرى إليها[٧]، فلم يبقَ بعد ذلك إلا الشبهة[٨]، فلهذا[٩] لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات، وهذه الحقوق[١٠] تثبت مع الشبهات، وعدم قبول الأربع[١١] على خلاف القياس[١٢] كيلا يكثر خروجهن[١٣].

قال: ويقبل في الولادة، والبكارة، والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة[١٤]؛ لقوله عليه السلام: «شهادة النساء جائزة فيما لا

(١٦) قوله: "والنكاح" وكذا الطلاق والرجعة والإسلام، والردة والبلوغ، والولاء، والعدة، والجرح، والتعديل، العفو عن القصاص. (ع)

(١٧) أي المال.

(١) أي في شهادة النساء.

(٢) قوله: "وهو المشاهدة إلخ" أي أهلية قبول الشهادة بالولاية والمشاهدة والضبط، وهو حسن السماع والفهم، والحفظ إلى وقت الأداء إذ في لفظ الكتاب نوع خلل لأنها لا يثبت بها أهلية الشهادة، لأن هذه الأشياء ثابتة للعبد، والصبي العاقل، والكافر، ولا شهادة لهم. (ك)

(٣) العلم.

(٤) أي لكون القبول أصلا.

(٥) الأحاديث.

(٦) قوله: "ونقصان الضبط" جواب عن قول الشافعي الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط. (ك)

(٧) المرأة.

(٨) أي شبهة البدلية.

(٩) أي فلأجل شبهة البدلية.

(١٠) قوله: "وهذه الحقوق" إشارة إلى مثل النكاح والطلاق، والوكالة، والوصية، أما النكاح والطلاق فيثبتان مع الهزل والإكراه بخلاف الأموال وتوابعها حيث لا يثبت البيع والإجارة والمضاربة وغيرها مع الهزل، فلما ثبتت هذه الأشياء أعني البيع وأمثاله بشهادة النساء مع الرجال مع أنها لا تثبت بالهزل، فلأن يثبت بشهادتهن النكاح والطلاق، وهما يثبتان بالهزل أولى. وأما الوكالة والوصية والأموال فإنه يجرى فيها كتاب القاضي والشهادة على الشهادة، فيثبت ذلك بشهادة النساء أيضاً، وإن كان فيها شبهة البدلية. (ك)

(١١) قوله: "وعدم [جواب عن قول الشافعي: ولا يقبل شهادة الأربع إلخ] قبول إلخ" ولم يذكر الجواب عن قوله: لنقصان العقل، ولا عن قوله: لقصور الولاية، والجواب عن الأول أنه لا نقصان في عقلهن فيما هو مناط التكليف، وما روى عنه ﷺ أنهن ناقصات عقل، فالمراد منه العقل بالفعل، وهو أن يحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار إلى اكتساب، ولذلك لا يصلحن الولاية والخلافة والإمارة، وبهذا ظهر الجواب عن الثاني أيضاً، كذا قيل. (مل)

(١٢) والقياس يقتضي ذلك.

(١٣) فإن في كثرة خروجهن اقتضاء حالهن.

يستطيع الرجال النظر إليه[١]»*. والجمع المحلى بالألف واللام[٢] يراد به الجنس[٣]، فيتناول الأقل، وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط الأربع[٤]. ولأنه إنما سقطت الذكورة ليخف النظر[٥]، لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف[٦]، فكذا يسقط[٧] اعتبار[٨] العدد، إلا أن المثنى والثلاث أحوط؛ لما فيه من معنى الإلزام[٩]. ثم حكمها[١٠] في الولادة شرحناه في الطلاق[١١]، فأما حكم البكارة[١٢] فإن شهدن أنها بكر يؤجل في العنين سنة، ويفرق بعده[١٣]، لأنها[١٤] تأيدت بمؤيد[١٥]، إذ البكارة أصل، وكذا في رد المبيعة[١٦] إذا اشتراها بشرط البكارة، فإن قلن[١٧]: إنها ثيب يحلف البائع لينضم[١٨] نكوله[١٩] إلى قولهن، والعيب[٢٠]

---

(١٤) قوله: "شهادة امرأة واحدة" ويقبل شهادة رجل على الولادة، لأنه إذا جاز قبول شهادة امرأة واحدة، فقبول شهادة واحد أولى. (ك)

(١) قوله: "شهادة النساء إلخ" قلت غريب، وروى عبد الرزاق في "مصنفه" عن ابن شهاب الزهري قال: مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٨٠، والدراية ج٢، الحديث ٨٢٧ص١٧١. (نعيم)

(٢) هذا بيان وجه الاستدلال بهذا الحديث.

(٣) قوله: "يراد به الجنس" أي إذا لم يكن ثمه معهود، والكل ليس بمراد مطلقًا فيراد به الأقل ضرورةً. (ك)

(٤) بناء على أن كل امرأتين تقومان مقام رجل واحد في الشهادة. (ع)

(٥) قوله: "ليخف النظر" أي النظر إلى العورة حرام إلا أنا اعتبرنا نظر جنسها، لأن نظر الجنس أخف لأن نظر المرأة إلى عورة المرأة أخف من نظر الرجل إلى عورة المرأة. (عيني)

(٦) قوله: "أخف" لعدم الشهوة، ولهذا بعد الموت يغسل المرأة المرأة، والرجل الرجل. (ك)

(٧) لأن نظر الواحدة أخف من نظر الجماعة.

(٨) أي شرطًا.

(٩) قوله: "لما فيه من معنى الإلزام" ولهذا يشترط الحرية والإسلام، ولفظ الشهادة، واختص بمجلس القاضي. (ك)

(١٠) أي حكم شهادة المرأة الواحدة. (ع)

(١١) قوله: "في الطلاق" أي باب ثبوت النسب، وهو قوله: وإذا تزوج الرجل امرأة، فجاءت بولد بستة أشهر، فصاعداً فجحد الزوج الولادة يثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة. (ك)

(١٢) قوله: "فأما حكم البكارة إلخ" بيانه أن امرأة العنين مع زوجها إذا اختلفا فقال: هو وصلت إليها، وقالت هي: لم يصل إلي فإنها تراها النساء فإن شهدن إلخ. (عيني)

(١٣) أي بعد مرور السنة.

(١٤) الشهادة.

(١٥) هو الأصل.

(١٦) قوله: "وكذا في رد إلخ" بيانه أنه إذا اشترى رجل جارية على أنها بكر، ثم اختلفا قبل القبض، أو بعده، فقال البائع: هي بكر في الحال فإن القاضي يريها النساء، فإن قلن إلخ. (مل)

(١٧) قوله: "فإن قلن إنها إلخ" فإن المشتري إذا ادعى عيبا في المبيع لا بد له من إثبات قيامه به في الحال ليثبت له

يثبت[١] بقولهن، فيحلف البائع[٢].

وأما شهادتهن على استهلال[٣] الصبى لا تقبل عند أبى حنيفة رحمه الله فى حق الإرث، لأنه مما يطلع عليه الرجال[٤] إلا فى حق الصلاة[٥]؛ لأنها من أمور الدين[٦]، وعندهما تقبل فى حق الإرث أيضًا؛ لأنه صوت عند الولادة، ولا يحضرها الرجال عادة، فصار كشهادتهن على نفس الولادة[٧].

قال[٨]: ولا بد في ذلك كله[٩] من العدالة[١٠] ولفظة الشهادة، فإن لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال: أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته[١١].

أما العدالة فلقوله تعالى: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾، والمرضى من الشاهد هو العدل، ولقوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوى عدل منكم﴾، ولأن العدالة هى المعينة للصدق[١٢]، لأن من يتعاطى[١٣] غير الكذب[١٤] قد يتعاطاه[١٥].

ولاية التحليف وإلا كان القول للبائع لتمسكه بالأصل، فإذا قلن: إنها ثيب يثبت العيب فى الحال، وعمل بالحديث ثم يحلف البائع فإنه لم يثبت حق الفسخ بمجرد شهادتهن. وقولهن: إنها ثيب لأن الفسخ حق قوى، وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد لكن ثبت حق الخصومة لتوجه اليمين على البائع، فيحلف البائع بأنه لقد سلمتها بحكم البيع وهى بكر، وإن لم يقبضها فبأنه بالله لقد بعتها وهى بكر فإن نكل يرد عليه، وإن حلف لزم المشترى. (عينى)

(١٨) فيرد.

(١٩) البائع.

(٢٠) قوله: "والعيب إلخ" جواب عما يقال: إن شهادة النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال، فيجب الرد بقولهن، والتحليف ترك العمل بالحديث. (مل)

(١) قوله: يثبت بقولهن" أى فى الحال وقيام العيب فى الحال شرط لصحة الخصومة. (ك)

(٢) بأنه لم يكن عنده هذا العيب. (ك)

(٣) هو صوت الصبى عند الولادة. (ع)

(٤) فلا يكون شهادتهن حجة. (ع)

(٥) أى تقبل شهادة المرأة الحرة على استهلال الصبى فى حق الصلاة.

(٦) فشهادة الواحدة فيه حجة.

(٧) قوله: "فصار إلخ" والجواب أن المعتبر فى ذلك إمكان الإطلاع، ولا شك فى ذلك، فلا معتبر بشهادتهن، ونفس الولادة هو انفصال الولد عن الأم، وذلك لا يشارك الرجال فيه النساء. (ع)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) أى فى جميع ما تقدم. (ك)

(١٠) قوله: "من العدالة" وأحسن ما قيل فى تفسير العدالة ما نقل عن المصنف: من أن العدل فى الشهادة أن يكون مجتنبًا عن الكبائر، ولا يكون مصرًا على الصغائر، ويكون صلاحه أكثر من فساده، وصوابه أكثر من خطأه. (ن)

(١١) فى تلك الحادثة فى ذلك الوقت. (ع)

(١٢) يعنى أن الشهادة حجة باعتبار الصدق والعدالة إلخ. (ع)

وعن أبي يوسف رحمه الله أن الفاسق إذا كان وجيهًا[١] في الناس ذا مروّة[٢] تقبل شهادته، لأنه لا يستأجر لوجاهته، ويمتنع عن الكذب لمروّته، والأول أصح[٣] إلا أن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا[٤]، والمسألة معروفة[٥]. وأما لفظة الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها[٦] إذ الأمر فيها بهذه اللفظة، ولأن فيها[٧] زيادة توكيد، فإن قوله: أشهد من ألفاظ اليمين، فكان الامتناع عن الكذب[٨] بهذه اللفظة أشد.

وقوله: في ذلك كله إشارة إلى جميع ما تقدم[٩] حتى يشترط العدالة، ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح[١٠]، لأنه شهادة[١١] لما فيه من معنى الإلزام[١٢] حتى اختص بمجلس القضاء، ويشترط فيه الحرية والإسلام[١٣].

قال أبو حنيفة رحمه الله: يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم؛ لقوله عليه السلام[١٤]: «المسلمون عدول

---

(١٣) تعاطي: مرتكب كاري شدن. (من)

(١٤) من محظورات الدين.

(١٥) فيقدم على شهادة الزور أيضًا، فترد شهادته للتهمة. (عيني)

(١) أي ذا وجاهة، وقدر و شرف.

(٢) أي إنسانية. (ع)

(٣) قوله: "والأول أصح" أي عدم قبول شهادة الفاسق مطلقًا سواء كان ذا وجاهة أو لم يكن أصح، لأن قبول الشهادة إكرام للشاهد بحيث يحيى به الحقوق، ونحن أمرنا بإهانة الفاسق. (مل)

(٤) لا عند الشافعي.

(٥) وفي أدب القاضي مذكورة.

(٦) قوله: "نطقت باشتراطها" أي ورد نظم النصوص بلفظ الشهادة، والإشهاد، والاستشهاد، نحو قوله تعالى: وأقيموا الشهادة لله، وأشهدوا إذا تبايعتم، واستشهدوا شهيدين، وقوله عليه السلام: إذا علمت مثل الشمس فاشهد، لا أن يكون اشتراطها بتلك اللفظة صريحًا، وإلى هذا إشارة بقوله: إذ الأمر فيها بهذه اللفظة، فإذا جاء الأمر بهذه اللفظة لا يجوز تبديلها بلفظ آخر. وأما تبديل لفظ الله أكبر، بالله الأجل، أو الله أعظم، وإن ورد صريح النص به في قوله تعالى: ﴿وربك فكبر﴾، فبحصول المقصود، وهو التعظيم والتبجيل، فتأمل. (مل)

(٧) أي في لفظ الشهادة.

(٨) وهو المقصود. (ع)

(٩) من أنواع الشهادة.

(١٠) احتراز عن قول العراقيين إنه لا يشترط لفظة الشهادة. (ك)

(١١) ليست مجرد إخبار.

(١٢) أي إلزام النسب وغيره.

(١٣) والعقل والبلوغ.

بعضهم على بعض إلا محدودًا فى قذف»*، ومثل ذلك مروى[٢] عن عمر رضى الله عنه، ولأن الظاهر[٣] هو الانزجار[٤] عما هو محرم دينه، وبالظاهر كفاية[٥] إذ لا وصول إلى القطع. إلا[٦] فى الحدود والقصاص فإنه يسأل[٧] عن الشهود؛ لأنه يحتال[٨] لإسقاطها[٩]، فيشترط الاستقصاء فيها[١٠]، ولأن الشبهة فيها دارئة[١١]، وإن طعن الخصم فيهم[١٢] يسأل عنهم فى السر والعلانية، لأنه تقابل[١٣] الظاهران، فيسأل طلبًا للترجيح[١٤]. وقال أبو يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله: لا بد أن يسأل[١٥] عنهم فى السر والعلانية فى سائر الحقوق، لأن القضاء مبناه على الحجة،

---

(١٤) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" في البيوع عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودًا فى فرية». (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٨١، والدراية ج٢، الحديث ٨٢٩ص١٧١. (نعيم)

(٢) قوله: "مروى عن عمر" كتب عمر رضى الله عنه كتابًا إلى أبى موسى، رواه الدارقطنى، وفيه المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودًا فى حد. (مل)

(٣) فى المسلم.

(٤) انزجر: باز ايستاد. (من)

(٥) قوله: "وبالظاهر كفاية" فإن قيل: الظاهر يكفى للدفع لا للاستحقاق، وههنا يثبت المدعى استحقاق المدعى به بإقامة البينة، والجواب ما أشار إليه بقوله: إذ لا وصول إلى القطع، وبيانه أنه لو لم يكتف بالظاهر لاحتيج إلى التزكية. وقبول قول المزكى فى التعديل أيضًا عمل بالظاهر لما أن الظاهر أن قول المزكى صدق، فالكلام فيه كالأول، وهلم جرا، فيدور أو يتسلسل، علا أن الظاهر قد يكفى للاستحقاق إذا لم ينازعه آخر، ألا ترى أن الشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده الثابتة على داره إذا لم ينازعه المشترى فى ذلك، وههنا كذلك، لأن كلامنا فيما إذا لم يطعن المدعى عليه فى الشهود، ولو طعن فحينئذ يسأل عنهم كما لو نازع المشترى الشفيع فى ما فى يد الشفيع بأنه لا ملك له فيه. (مل)

(٦) استثناء من قوله: ولا يسأل.

(٧) قبل طعن الخصم.

(٨) احتيال حيله ساختن. (م)

(٩) الحدود والقصاص.

(١٠) قوله: "فيشترط الاستقصاء [استقصاء: تمام در گرفتن وبنهايت چيزى رسيدن. م] فيها" إذ السؤال عن ... مما يفضى إلى الدرء والدفع، فيجب السؤال احتيالا له. (مل)

(١١) قوله: "ولأن الشبة إلخ" أى العدالة وإن كانت ظاهرة، فكذا احتمال كونه غير عدل ثابت، فتعمل هذه الشبهة بالدرء. (مل)

(١٢) شهود.

(١٣) قوله: "لأنه تقابل إلخ" أى كما أن الظاهر أن الشهود لا يكذبون كذلك الظاهر أن الخصم لا يكذب فى طعنه. (عينى)

(١٤) بين المتعارضين.

(١٥) طعن الخصم أولا.

وهى شهادة العدول، فيتعرف[١] عن العدالة، وفيه[٢] صون قضاءه عن البطلان[٣]، وقيل: هذا[٤] اختلاف عصر[٥] وزمان[٦]، والفتوى على قولهما فى هذا الزمان.

ثم التزكية فى السر أن يبعث المستورة[٧] إلى المعدل[٨] فيها النسب[٩] والحلى[١٠] والمصلى[١١] ويردها المعدل[١٢]، وكل ذلك[١٣] فى السر كيلا يظهر[١٤]، فيخدع[١٥] أو يقصد[١٦]. وفى العلانية لا بد أن يجمع بين المعدل والشاهد[١٧] لينتفى شبهة تعديل غيره[١٨]، وقد كانت العلانية وحدها[١٩] فى الصدر الأول[٢٠]، ووقع

---

(١) تعرف: معرفت جستن. (من)

(٢) أى فى السؤال.

(٣) أى على تقدير ظهور الشهود عبيداً أو كفاراً. (ك)

(٤) الخلاف.

(٥) قوله: "اختلاف عصر" لأن أبا حنيفة أجاب فى زمانه، وكان الغالب منهم عدولا، وهما أجاباه فى زمانهما، وقد تغير الناس وكثر الفساد، ولو شاهد ذلك أبو حنيفة لقال بقولهما. (ع)

(٦) أى لا اختلاف برهان.

(٧) قوله: "المستورة" هو اسم الرقعة التى يكتبها القاضى ويبعثها سرًّا بيد أمينه إلى المزكى سميت بذلك، لأنها تستر عن نظر العوام. (ك)

(٨) قوله: "إلى المعدل" وينبغى أن يكون عدلا يمكن الاعتماد على قوله: وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم، ولا يكون طماعاً ولا فقيراً يتوهم خداعه بالمال. (ع)

(٩) أى نسب الشهود.

(١٠) قوله: "والحلى" بكسر الحاء وضمها جمع حلية الإنسان صفته، وما يرى منه من لون أو غيره. (ع)

(١١) قيل: المراد به المحلة، وقيل: المراد به مسجد المحلة. (ك)

(١٢) قوله: "ويردها المعدل [إلى الحاكم] إلخ" بأنه إذا وصل الرقعة إلى المزكى فالمزكى يسأل عنهم من أهل حرفتهم ومن جيرانهم وأهل محلتهم، فإن لم يجدوا فمن أهل سوقهم، فإذا قال المسؤول عنه: هو عدل يكتب المزكى فى آخر الرقعة أنه عدل مرضى عندى جائز الشهادة، ومن عرف فسقه يصرح به، ومن لم يعرفه لا بالعدل ولا بالفسق يكتب تحت اسمه فى كتاب القاضى مستور. (عينى)

(١٣) أى البعث إلى المعدل ورده.

(١٤) أى ما فيها.

(١٥) قوله: فيخدع [أى بالمال]" خدعه خدعاً فريفت أو را. (من)

(١٦) بالإضرار.

(١٧) قوله: "لا بد أن يجمع [فى مجلس القضاء] إلخ" ويقول للمعدل: أهذا الذى عدلته، أو يقول للمزكى بحضرة الشهود: أهؤلاء عدول مقبول الشهادة. (ك)

(١٨) قوله: "لينتفى شبهة إلخ" لأن الشخصين قد يتفقان فى الاسم والنسب، فيقول المعدل: هذا الذى عدلته، يشير إلى الشاهد. (عينى)

(١٩) بدون تزكية السر.

(٢٠) قوله: "فى الصدر الأول" أى فى عهد رسول الله ﷺ وأصحابه، لأن المعدل كان لا يتوقى عن الجرح،

الاكتفاء في السر[١] في زماننا تحرزاً عن الفتنة[٢].

ويروى عن محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة[٣]، ثم قيل: لا بد أن يقول المعدل: هو[٤] حر عدل جائز الشهادة، لأن العبد قد يعدل، وقيل: يكتفى بقوله: هو عدل[٥]، لأن الحرية ثابتة بالدار[٦]، وهذا أصح[٧].

قال: وفي قول[٨] من رأى أن يسأل عن الشهود: لم يقبل قول الخصم: إنه عدل، معناه قول المدعى عليه. وعن أبي يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله أنه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية الآخر إلى تزكيته؛ لأن العدد عنده[٩] شرط[١٠].

ووجه الظاهر أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في إنكاره، مبطل[١١] في إصراره[١٢]، فلا يصلح معدلاً[١٣]، وموضوع المسألة[١٤] إذا قال: هم عدول[١٥] إلا أنهم أخطأوا[١٦] أو نسوا، أما إذا قال: صدقوا، أو هم عدول صدقةٌ، فقد اعترف بالحق[١٧].

ولا يخاف من المدعي، ولا من الشهود، لأنهم كانوا منقادين للحق، ولا يقاتلونه بالأذى لو جرحهم. (ك)

(١) وترك تزكية العلانية.

(٢) قوله: "تحرزاً عن الفتنة" لأن الشهود يقاتلون المزكي ويقع بينه وبين الشهود عداوة. (عيني)

(٣) قوله: "بلاء وفتنة" إذ الشهود والمدعي يقاتلون الجارح بالأذى. (ك)

(٤) شاهد.

(٥) ولا يشترط أن يقول: هو حر عدل جائز الشهادة.

(٦) أي دار الإسلام، وفي نسخة: بأصل الدار.

(٧) قوله: "وهذا أصح" لأن في زماننا كل من نشأ في دار الإسلام كان الظاهر من حاله الحرية، ولهذا لا يسأل القاضي عن إسلامه وحريته، وإنما يسأل عن عدالته. (ع)

(٨) هذا تفريع من أبي حنيفة على قول من يرى المسألة عن الشهود.

(٩) محمد.

(١٠) في المزكي.

(١١) أبطل: باطل آورد، دروغ گفت. (من)

(١٢) أي ثباته على الإنكار.

(١٣) لاشتراط العدالة فيه بالاتفاق. (ع)

(١٤) قوله: "وموضوع إلخ" جواب عما يقال: تعديل الخصم إقرار منه بثبوت الحق عليه، فكان مقبولا لأن العدالة ليست بشرط فيه بالاتفاق. (عيني)

(١٥) ومثل هذا القول ليس بإقرار للحق.

(١٦) أي في هذه الشهادة.

(١٧) قوله: "فقد اعترف بالحق" فيقتضي القاضي باعترافه لا بالشهود. (مل)

قال[١]: وإذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود[٢] واحدًا جاز[٣]، والاثنان أفضل[٤]، وهذا عند أبي حنيفة، وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمد رحمه الله: لا يجوز إلا اثنان، والمراد منه المزكي، وعلى هذا الخلاف[٥] رسول القاضي إلى المزكي[٦]، والمترجم عن الشاهد.

له[٧] أن التزكية في معنى الشهادة، لأن ولاية القضاء[٨] تبتني على ظهور العدالة، وهو بالتزكية، فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة[٩] فيه، وتشترط الذكورة[١٠] في المزكي في الحدود والقصاص.

ولهما أنه ليس في معنى الشهادة، ولهذا[١١] لا يشترط فيه لفظة الشهادة، ومجلس القضاء، واشتراط العدد أمر حكمي[١٢] في الشهادة، فلا يتعداها[١٣].

ولا يشترط أهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكّيًا[١٤]، فأما في تزكية العلانية فهو[١٥] شرط، وكذا العدد بالإجماع[١٦] على ما قاله الخصاف

---

(١) أي محمد. (عيني)

(٢) أي عن حال الشهود.

(٣) لأنه ليس بشهادة.

(٤) لكونه أحوط.

(٥) قوله: "وعلى هذا الخلاف" يعني يكفي الواحد للرسالة والترجمة عند الشيخين، وعند محمد لا بد من اثنين.

(٦) قوله: "رسول القاضي إلخ" معناه من ينقل قول المزكي إلى القاضي بعد ما بلغ قول القاضي إلى المزكي. (ك)

(٧) محمد.

(٨) للقاضي.

(٩) أي عدالة المزكي.

(١٠) كما هو في الشهود.

(١١) أي لعدم كونه في معنى الشهادة.

(١٢) قوله: "أمر حكمي" أي أمر ثبت بالنص، بخلاف القياس لأن رجحان الصدق في العمل بالعدالة لا بالعدد كما في رواية حديث النبي ﷺ في حق العلم بالتواتر، وإذا كان كذلك لا معنى لاشتراط العدد في الشهادة لكنا تركنا ذلك القياس بالنصوص التي فيها بيان العدد. (ك)

(١٣) قوله: "فلا يتعداها" أي فلا يتعدى اشتراط العدد من الشهادة إلى التزكية، فإن قيل: فيلحق بها بالدلالة وموافقة القياس ليست بشرط فيها، فالجواب إنما ألحق لو كان في معناه من كل وجه وليس كذلك بالاتفاق فتعذر الإلحاق. (ملخصات)

(١٤) والوالد لولده وغيره.

(١٥) لمولاه وغيره. (ع)

(١٦) قوله: "وكذا [أهلية الشهادة، أي يشترط في العلانية] العدد إلخ" فيه بحث لأن اشتراط العدد في تزكية العلانية ينافي عدم اشتراط ذلك في تزكية السر، لأن المزكي في السر هو المزكي في العلانية، والجواب أن الخصاف شرط

رحمه الله لاختصاصها بمجلس القضاء، قالوا: يشترط الأربعة[١] فى تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله .

فصل[٢]

وما يتحمله الشاهد على ضربين: أحدهما: ما يثبت حكمه بنفسه[٣] مثل البيع والإقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم، فإذا سمع ذلك[٤] الشاهد، أو رآه[٥] وسعه أن يشهد وإن لم يشهد عليه؛ لأنه علم ما هو الموجب بنفسه، وهو الركن[٦] فى إطلاق[٧] الأداء[٨]، قال الله تعالى[٩]: ﴿إلا مَن شَهِدَ[١٠] بِالحَقّ وَهُم يَعلَمُونَ[١١]﴾، وقال النبى ﷺ[١٢]: «إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع»*. قال: ويقول[١٣]: أشهد أنه باع، ولا يقول: أشهدنى، لأنه كذب، ولو سمع من وراء

أن يكون المزكى فى السر غير المزكى فى العلانية، فيجوز أن يكون العدد شرطًا فى أحدهما دون الآخر وإليه أشار بقوله: على ما قال الخصاف. (ع)

(١) أى لا بد أن يكون المزكون أربعة.

(٢) قوله: "فصل" لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع فى بيان أنواع ما يتحمله الشاهد. (ع)
مسائل هذا الفصل كلها من القدورى.

(٣) قوله: "ما يثبت حكمه بنفسه" أى من غير احتياج إلى الإشهاد، ألا ترى أن حكم البيع، وهو ثبوت الملك فى المبيع للمشترى، وفى الثمن للبائع يثبت بنفس العقد، وكذا فى نظائره. (مل)

(٤) فيما يعرف بالسماع مثل البيع والإقرار وحكم الحاكم.

(٥) كالغصب والقتل.

(٦) أى العلم بالموجب بنفسه.

(٧) أى تجويز الأداء. (ك)

(٨) أى أداء الشهادة.

(٩) قوله: "قال الله تعالى إلخ" التمسك بالآية على قوله: وسعه أن يشهد به لأنه أطلق أداء الشهادة بمجرد العلم، وقد حصل ذلك بالرؤية فى المرئيات وبالسماع فى المسموعات، والعلم شرط جواز الأداء حيث جعله حالا فى قوله تعالى: وهم يعلمون، والأحوال شروط وشرطًا فى قوله عليه السلام: إذا علمت إلخ. (ك)

(١٠) قوله: "إلا من شهد" ولا يملك الذين يدعون يعبدون أى الكفار من دونه، أى الله الشفاعة لأحد إلا من شهد بالحق، أى قال: لا إله إلا الله، وهم يعلمون بقلوبهم ما شهدوا به بألسنتهم، وهم عيسى وعزير، والملائكة، فإنهم يشفعون للمؤمنين. (جلالين)

(١١) قوله: "وهم يعلمون" قيل: جعل العلم بالموجب ركنا فى الأداء مخالف للنصين جميعًا فإنهما يدلان على شرطيته، إذ الأحوال شروط، وإذا موضوعة للشرط، وأجيب بأنه مجاز عن الشرط، وإنما عبر عنه بذلك إشارة إلى شدة احتياج الأداء إليه. (ع)

(١٢) قوله: "وقال النبى إلخ" قلت: أخرج البيهقى فى سننه، والحاكم فى المستدرك فى كتاب الأحكام عن ابن عباس أن رجلا سأل النبى ﷺ عن الشهادة، فقال: هل ترى الشمس؟ قال: نعم، قال: على مثلها فاشهد، أو دع، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٨٢، والدراية ج٢، الحديث ٨٣٠ص١٧٢. (نعيم)

الحجاب[١] لا يجوز له أن يشهد، ولو فسر للقاضى[٢] لا يقبله، لأن النغمة[٣] تشبه النغمة، فلم يصلح العلم.

إلا[٤] إذا كان دخل[٥] البيت، وعلم أنه ليس فيه[٦] أحد سواه[٧]، ثم جلس[٨] على الباب، وليس فى البيت مسلك غيره، فسمع[٩] إقرار الداخل[١٠]، ولا يراه، له أن يشهد؛ لأنه حصل العلم فى هذه الصورة.

ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه[١١] مثل الشهادة على الشهادة[١٢]، فإذا سمع شاهداً يشهد بشىء[١٣] لم يجز له[١٤] أن يشهد على شهادته إلا أن يشهده[١٥] عليها[١٦]؛ لأن الشهادة[١٧] غير موجبة بنفسها، وإنما تصير[١٨] موجبة بالنقل إلى مجلس القضاء، فلا بد من الإنابة والتحميل[١٩]، ولم يوجد[٢٠].

---

(١٣) فى البيع.

(١) أى قول واحد: بعت وقول آخر: اشتريت.

(٢) بأن يقول: أشهد بالسماع من وراء الحجاب. (ع)

(٣) هو الكلام الخفى. (ع)

(٤) استثناء من قوله: لا يجوز له أن يشهد. (ع)

(٥) الرجل.

(٦) البيت.

(٧) الداخل.

(٨) الشاهد.

(٩) الشاهد.

(١٠) بالبيع مثلا.

(١١) قوله: "ومنه ما لا يثبت إلخ" هذا بيان للضرب الثانى من الضربين الذين ذكرهما بقوله: وما يتحمله الشاهد إلخ. (عينى)

(١٢) فإنها لا يثبت به الحكم ما لم يشهد. (ع)

(١٣) أى فى غير مجلس القضاء. (ن)

(١٤) السامع.

(١٥) السامع.

(١٦) الشهادة.

(١٧) أى شهادة الأصول. (ع)

(١٨) الشهادة.

(١٩) قوله: "فلا بد من الإنابة إلخ" أى لا بد من الإنابة بتحميل الشهادة على الفرع حتى ينقلها الفرع إلى مجلس القاضى فإنه تصرف على الأصل من حيث زوال ولايته فى تنفيذ قوله على المشهود عليه، وإزالة الولاية الثابتة للغير ضرر عليه، فلا بد من الإنابة والتحميل. وقيل: إن الأول إشارة إلى مذهب محمد فإنه يقول بطريق التوكيل، ولا توكيل إلا بأمر

وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع أن يشهد؛ لأنه ما حمله[١]، وإنما حمل غيره[٢].

قال[٣]: ولا يحل للشاهد إذا رأى[٤] خطه أن يشهد إلا أن يتذكر الشهادة[٥]؛ لأن الخط يشبه الخط، فلم يحصل العلم، قيل: هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله[٦] وعندهما يحل له أن يشهد[٧]. وقيل: هذا[٨] بالاتفاق، وإنما الخلاف فيما إذا وجد القاضي شهادته[٩] في ديونه[١٠] أو قضيته[١١]، لأن ما يكون[١٢] في قمطره[١٣] فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان، فحصل له العلم بذلك، ولا كذلك[١٤] الشهادة[١٥] في الصك[١٦] لأنه[١٧] في يد غيره، وعلى هذا[١٨] إذا تذكر

الموكل، والثاني إشارة إلى مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف، فإنهما لم يقولا بطريق التوكيل بل بطريق التحميل. (مل)

(٢٠) كل واحد من الإنابة والتحميل.

(١) السامع.

(٢) السامع.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) في صك. (ف)

(٥) والحادثة.

(٦) فإنه لا يعمل بالخط ويشترط الحفظ. (ف)

(٧) رخصة. (ف)

(٨) إشارة إلى أول المسألة وهو قوله: ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد. (ك)

(٩) قوله: "شهادته [أي شاهد] إلخ" أي شهد الشهود عند القاضي فأثبتت في قمطره، أي خريطته وجاء المشهود له يطلب الحكم، ولم يحفظ القاضي. (مل)

(١٠) دفتر.

(١١) قوله: "أو قضيته [أي فرمان وحكم] أي وجد حكمه مكتوبًا في خريطته. (ن)

(١٢) قوله: "لأن ما يكون إلخ" يعني أن القاضي إذا وجد في ديوانه صحيفة شهادته، ولم يتذكر أنهم شهدوا بذلك ولا حكمه فعلى قول أبي حنيفة لا يحكم القاضي بدون الذكر، وعندهما يحكم، كذا قال العيني. أما دليل الإمام أبي حنيفة فقد مر آنفا من أن الخط يشبه الخط، وأما دليلهما فهو أن القاضي لكثرة أشغاله يعجز عن أن يحفظ كل حادثة، ولهذا يكتب، وإنما يحصل المقصود بالكتاب إذا جاز له الاعتماد عليه عند النسيان الذي ليس يمكن التحرز عنه، وما يكون في قمطره إلخ، كذا في "العناية"، وإنما خص دليلهما بالذكر لأنه ذكر أولا دليل الإمام أبي حنيفة. (مل)

(١٣) قمطر كتاب دان. (من) بستة.

(١٤) قوله: "ولا كذلك إلخ" أي إذا وجد الشاهد شهادته في الصك وعلم أنه خطه لا يحل له أن يشهد بمجرد هذا لأن الصك في يد غير القاضي فلا يكون تحت ختم يؤمن عليه من الزيادة والنقصان، فلا يحصل العلم بذلك. (مل)

(١٥) أي لا يؤمن من الزيادة.

(١٦) معرب چك. (من)

(١٧) أي لأن الصك.

المجلس[١] الذي كان فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق[٢] به إنا شهدنا نحن وأنت.
قال[٣]: ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا النسب[٤] والموت[٥] والنكاح[٦]، والدخول[٧]، وولاية القاضي[٨]، فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به. وهذا استحسان، والقياس أن لا تجوز[٩]؛ لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة، وذلك[١٠] بالعلم، ولم يحصل فصار كالبيع[١١]. وجه الاستحسان: أن هذه الأمور[١٢] تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس، ويتعلق بها أحكام[١٣] تبقى على انقضاء القرون، فلو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج[١٤]، وتعطيل الأحكام بخلاف البيع؛ لأنه يسمعه كل واحد[١٥]. وإنما يجوز للشاهد[١٦] أن يشهد بالاشتهار، وذلك[١٧] بالتواتر[١٨]، وبإخبار[١٩] من يثق به كما قال في الكتاب،

---

(١٨) أي الاختلاف.

(١) قوله: "إذا تذكر المجلس [أي الشاهد] إلخ" أي لا يحل للشاهد أن يشهد إذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة، ولم يتذكر الحادثة، فكان تذكر المكان بمنزلة معرفة خطه في الشهادة. (ك)

(٢) الشاهد.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) بأن سمع أنه من فلان.

(٥) بأن سمع من الناس أن فلانًا مات.

(٦) قوله: "والنكاح" بأن سمع ناسًا يقولون: إن فلانًا تزوج بفلانة.

(٧) لأنه أمر يشتهر ويتعلق به الأحكام المشهورة من النسب والمهر والعدة وثبوت الإحصان. (ك)

(٨) بأن سمع أن فلانًا تقلد قضاء هذه البلدة.

(٩) الشهادة بالتسامع.

(١٠) أي المشاهدة بالعلم، فكأنه من باب القلب لأن العلم يكون بالمشاهدة. (عناية)

(١١) حيث لا يجوز الشهادة فيه بالتسامع.

(١٢) الخمسة.

(١٣) قوله: "ويتعلق بها أحكام" كالإرث في النسب والموت والنكاح وثبوت الملك في قضاء القاضي، وكمال المهر والعدة، والنسب في الدخول. (ع)

(١٤) قوله: "أدى إلى الحرج إلخ" لأن العادة لم تجر بحضور الناس الولادة، وإنما يرون الصبي مع أمه وينسبونه إلى الأب، ويقولون: هو ابن فلان، وكذلك عند الموت لا يحضره إلا الأقارب، فإذا رأوا الجنازة حكموا بأن فلانًا مات، وكذلك النكاح لا يحضره كل أحد، فإذا أخبر بعضهم بعضًا أن فلانًا نكح فلانة يقتصرون على ذلك في التحقق، وكذلك ولاية القاضي لا يحضرها كل أحد، فإذا قرأ الحكم وجلس القاضي مجلس الحاكم ونظر بين الخصوم تحققوا أنه قاض. (ب)

(١٥) وسبب الملك وهو اليد مما يعاينه كل أحد.

(١٦) قوله: "وإنما يجوز إلخ" جواب عما يقال: هذا الاستحسان مخالف للكتاب إذ العلم مشروط في الكتاب، ولا علم فيما نحن فيه، وتقرير الجواب إنا لا نسلم أن لا علم فيما نحن فيه؛ لأنه إنما يجوز إلخ. (عيني)

(١٧) الاشتهار.

ويشترط أن يخبره رجلان عدلان[١]، أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم، وقيل: في الموت يكتفي بإخبار واحد، أو واحدة لأنه قلما يشاهد حاله غير الواحد[٢]، إذ الإنسان يهابه[٣] ويكرهه، فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج، ولا كذلك النسب والنكاح[٤]، وينبغي أن يطلق أداء الشهادة[٥] ولا يفسر.

أما إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم يقبل شهادته كما أن معاينة اليد في الأملاك مطلق[٦] للشهادة، ثم إذا فسر[٧] لا تقبل كذا هذا، وكذا لو رأى إنساناً جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصومة حل له أن يشهد على كونه قاضياً[٨]، وكذا إذا رأى رجلا وامرأةً يسكنان بيتاً[٩]، وينبسط كل واحد منهما إلى الآخر انبساط الأزواج، كما إذا رأى عيناً في يد غيره[١٠]، ومن شهد أنه شهد[١١] دفن فلان، أو صلى على جنازته، فهو معاينة[١٢] حتى لو فسر للقاضي قبله.

---

(١٨) الاشتهار الحقيقي.

(١٩) الاشتهار الحكمي.

(١) قوله: "ويشترط أن يخبره إلخ" هذا على قول أبي يوسف ومحمد، وأما على قول أبي حنيفة فلا يجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر، وإذا ثبت الشهرة عندهما بخبر عدلين يشترط أن يكون الإخبار بلفظ الشهادة على ما قالوا، لأنها توجب زيادة علم شرعاً لا يوجبها لفظ الخبر. (ع)

(٢) قوله: "لأنه قلما إلخ" فرقوا بين الموت والأشياء الثلاثة، أي النكاح والولادة وتقليد الإمام القضاء، لأن الغالب فيها أن يكون بين الجماعة، أما النكاح فإنه لا ينعقد إلا بشهادة اثنين، وأما الولادة فإنها تكون بين الجماعة في الغالب، وكذلك تقليد الإمام القضاء، وأما الموت فلأنه قلما يشاهد إلخ. (عناية)

(٣) هابه هيباً: ترسيد او را. (من)

(٤) فإن فيهما لا بد من عدلين.

(٥) قوله: "وينبغي [بيان لكيفية الأداء. ع] أن يطلق [بأن يقول: أشهد أنه ابنه، أو أشهد أنها امرأته. ك] إلخ" والفرق بين الإطلاق والتفسير أنه إذا أطلق يعلم أنه وقع في قلبه صدقه، فيكون شهادته عن علم ولا كذلك إذ فسر ويقول: سمعت كذا، وعن هذا كان المراسيل من الإخبار أقوى من المسانيد. (ك)

(٦) مجوز.

(٧) بأنه إنما يشهد لأنه رآه في يده. (ع)

(٨) وإن لم يعاين تقليد الإمام إياه. (ع)

(٩) قوله: "وكذا إذا رأى إلخ" أي جاز له أن يشهد بأنها امرأته، فإن سأله القاضي هل كنت حاضراً؟ قال: لا تقبل شهادته، لأنه يحل له أن يشهد بالتسامع كما يشهد بأمهات المؤمنين أزواج النبي ﷺ، وقيل: لا تقبل، لأنه لما قال: لم يعاين العقد تبين القاضي أنه يشهد بالتسامع، ولو قال: أشهد لأني سمعت لا تقبل، فكذا هذا. (عناية)

(١٠) فجاز له أن يشهد له به.

(١١) حضر.

(١٢) لأنه لا يدفن إلا الميت، ولا يصلى إلا عليه..

ثم قصر الاستثناء فى الكتاب على هذه الأشياء الخمسة ينفى اعتبار التسامع فى الولاء والوقف[١]. وعن أبى يوسف رحمه الله آخرًا[٢]: أنه يجوز فى الولاء[٣]؛ لأنه بمنزلة النسب لقوله عليه السلام[٤]: «الولاء لحمة كلحمة النسب[٥]»*.

وعن محمد رحمه الله أنه يجوز[٦] فى الوقف؛ لأنه يبقى على مر الأعصار إلا أنا نقول[٧]: الولاء يبتنى على زوال الملك[٨]، ولا بد فيه من المعاينة، فكذا فيما يبتنى[٩] عليه، وأما الوقف فالصحيح أنه يقبل الشهادة بالتسامع فى أصله[١٠] دون شرائطه؛ لأن أصله[١١] هو الذى يشتهر.

قال[١٢]: ومن كان فى يده شىء[١٣] سوى العبد والأمة وسعك أن تشهد أنه له؛ لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك، إذ هى مرجع الدلالة فى الأسباب كلها[١٤]،

---

(١) فلا يجوز الشهادة بالتسامع فى الولاء والوقف.

(٢) أى قولا آخرًا.

(٣) قوله: "أنه يجوز فى الولاء" ألا يرى أنا نشهد أن قنبرًا مولى على رضى الله عنه، وعكرمة مولى ابن عباس رضى الله عنه، وإن لم ندرك ذلك. (ك)

(٤) قوله: "لقوله عليه السلام: «الولاء لحمة» إلخ" رواه الشافعى فى "مسنده" عن محمد بن الحسن مرفوعًا، كذا فى "شرح النقاية" لعلى القارى، واللحمة -بالضم- خويشى. (ملخصات الحواشى)

(٥) والشهادة فى النسب بالتسامع تجوز، فكذا فى الولاء.

* هذا الحديث لم يخرجه الزيلعى وابن حجر العسقلانى فى "نصب الراية" و "الدراية". (نعيم)

(٦) الشهادة بالتسامع.

(٧) جواب عن قول أبى يوسف.

(٨) أى ملك المولى للعبد، لأنه يحصل بكلام يسمعه الناس. (ع)

(٩) أى الولاء.

(١٠) قوله: "فى أصله [أى الوقف]" قال الإمام ظهير الدين المرغينانى: لا بد من بيان الجهة بأن يشهدوا أن هذا وقف على المسجد، أوعلى المقبرة، أو نحو ذلك حتى لو لم يذكروا ذلك فى شهادتهم لا تقبل شهادتهم.
وتأويل قولهم: لا تقبل الشهادة فى شرائط الوقف أنهم بعد ما شهدوا أن هذا وقف على كذا لا ينبغى لهم أن يشهدوا يبدأ من غلته، فيصرف إلى كذا، ولو قالوا تلك فى شهادتهم: لا تقبل شهادتهم. (ك)

(١١) دون شرائطه.

(١٢) أى محمد. (عينى)

(١٣) قوله: "ومن كان إلخ" صورته رجل رأى عينًا فى يد إنسان ثم رآها فى يد آخر، والأول يدعى الملك وسعه أن يشهد أنه للمدعى. (مل)

(١٤) قوله: "إذ هى مرجع الدلالة إلخ" إذ لا دليل لمعرفة الملك فى حق الشاهد سوى اليد بلا منازع، لأن أكثر ما فى الباب أن يعاين أسباب الملك من الشراء والهبة وما أشبه ذلك، إلا أن الشراء إنما يفيد الملك إذا كان المبيع ملكًا للبائع، وإنما يعرف كون المبيع ملكًا له بيده بلا منازع، فيثبت أن لا دليل على الملك سوى اليد، فكان للشاهد أن يعتمد على مثل هذا الدليل اعتبارًا للظاهر عند تعذر الوقوف على الحقيقة. (ك)

فيكتفى بها. وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يشترط مع ذلك[١] أن يقع فى قلبه[٢] أنه له[٣]، قالوا: ويحتمل أن يكون هذا[٤] تفسيراً لإطلاق محمد رحمه الله فى الرواية[٥]، فيكون[٦] شرطًا على الاتفاق[٧]. وقال الشافعى رحمه الله: دليل الملك اليد مع التصرف، وبه قال بعض مشايخنا رحمهم الله[٨] لأن اليد متنوعة[٩] إلى أمانة وملك، قلنا: والتصرف يتنوع أيضًا[١٠] إلى نيابة[١١] وأصالة.

ثم المسألة على وجوه[١٢]: إن عاين المالك[١٣] والملك حل له أن يشهد[١٤]، وكذا إذا عاين الملك بحدوده[١٥] دون المالك استحسانًا[١٦]، لأن النسب[١٧] يثبت بالتسامع، فيحصل معرفته[١٨]، وإن لم يعاينهما[١٩]، أو عاين المالك[٢٠] دون الملك لا يحل

(١) أى مع رؤية اليد والتصرف.

(٢) قوله: "أن يقع فى قلبه [الشاهد] إلخ" قيل: لو كان ذلك كافيًا فى الشهادة لقبلها القاضى إذا قيدها الشاهد بما استفاد العلم به من معاينة اليد، وليس كذلك.

أجيب بأنا جعلنا العيان مجوزاً للشاهد بأن يقدم على الشهادة، وذلك ثابت لما قلنا، وأما أن يلزم القاضى العمل به فلم يلتزمه، ولهذا قلنا: إن الرجل إذا كانت فى يده دار يتصرف فيها تصرف المالك، وبيعت دار بجنبها، فلذى اليد أن يأخذها بالشفعة، والقاضى لا يقضى له عند إنكار المشترى أن تكون الدار ملك الشفيع لأن العيان ليس سببًا للوجوب. (ع)

(٣) قوله: "أنه له" فإن وقع فى قلبه أنه ملك غيره لا يحل له أن يشهد بالملك لذى اليد، لأن الأصل اعتبار علم اليقين لجواز الشهادة. (ك)

(٤) أى ما ذكر من شهادة القلب.

(٥) قوله: "تفسيراً لإطلاق محمد فى الرواية" وهو قوله: وسعك أن تشهد أنه له، يعنى إذا وقع ذلك فى القلب. (ع)

(٦) أى شهادة القلب.

(٧) وبه نأخذ. (ن)

(٨) وهو الخصاف. (ع)

(٩) فيشترط انضمام التصرف للشهادة على الملك. (ك)

(١٠) فيضم محتمل إلى محتمل يزيد الاحتمال، فاعتبرنا أصل اليد.

(١١) كالوكيل والمضارب. (ك)

(١٢) أربعة.

(١٣) قوله: "إن عاين المالك" بأن عرف البائع باسمه ونسبه ووجهه، وعرف الملك بحدوده ورآه فى يده بلا منازعة، ووقع فى قلبه أنه له حل إلخ. (ك)

(١٤) لأنه شهادة عن علم وبصيرة.

(١٥) قوله: "وكذا إذا عاين الملك بحدوده" ينسب إلى فلان ابن فلان الفلانى، وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه، ثم جاء الذى نسب إليه الملك، وادعى ملكية هذا المحدود على شخص حل له أن يشهد. (ك)

(١٦) والقياس أن لا يحل لأنه شهادة بالملك مع جهالة المشهود له.

(١٧) أى نسب المالك.

(١٨) أى معرفة المالك فصارت الشهادة للمعلوم.

له[١]. وأما العبد والأمة[٢] فإن كان يعرف أنهما رقيقان فكذلك[٣]؛ لأن الرقيق لا يكون فى يد نفسه[٤]، وإن كان لا يعرف أنهما رقيقان إلا أنهما صغيران لا يعبران عن نفسهما فكذلك[٥]، لأنه لا يد لهما[٦]، وإن كانا كبيرين[٧] فذلك مصرف الاستثناء[٨]، لأن لهما يداً على أنفسهما[٩]، فيدفع[١٠] يد الغير عنهما، فانعدم، دليل الملك. وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يحل له[١١] أن يشهد فيهما[١٢] أيضًا اعتبارًا بالثياب[١٣]، والفرق ما بيناه[١٤]، والله أعلم.

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل[١٥]

قال[١٦]: ولا تقبل[١٧] شهادة الأعمى، وقال زفر رحمه الله: وهو رواية عن أبى

---

(١٩) قوله: "وإن لم يعاينهما" أى المالك والملك، ولكن سمع من الناس قالوا: إن لفلان بن فلان فى قرية كذا ضيعة حدودها كذا، وهو لم يعرف الضيعة، ولم يعاين يده عليها. (ك)

(٢٠) قوله: "أو عاين المالك" بأن عرف الرجل معرفة تامة، وسمع أن له فى قرية كذا ضيعة، وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها. (ك)

(١) لأنه لم يحصل له العلم بالمحدود، وهو شرط للشهادة. (ك)

(٢) قوله: "وأما العبد إلخ" مردود إلى قوله: سوى العبد والأمة، وتقريره أن الرجل إذا رأى عبداً أو أمة فى يد شخص فإن كان إلخ. (م)

(٣) أى يحل للرائى أن يشهد لذى اليد بالملك.

(٤) بل فى يد المستولى عليه.

(٥) أى يحل للرأى أن يشهد.

(٦) الصغيرين.

(٧) أراد بالكبيرين أن يكونا يعبران عن أنفسهما سواء كانا صبيين أو بالغين. (نهاية)

(٨) أى بقوله: سوى العبد والأمة.

(٩) قوله: "لأن لهما [الكبيرين] يداً إلخ" حتى إذا ادعى أنه حر الأصل كان القول له، فلا يثبت لغيره يد على الحقيقة، حتى تعتبر لإطلاق الشهادة بالملك، ولا يمكن أن يعتبر التصرف وهو الاستخدام مطلقًا للشهادة، لأنه لا يصلح دليلا على الملك، فالحر يستخدم الحر، ويخدمه طوعًا كما يخدم العبد سيده. (ك)

(١٠) أى ثبوت يدهما على أنفسهما.

(١١) قوله: "أنه يحل له" وكذا روى عن أبى يوسف ومحمد، فجعلوا اليد دليلا على الملك فى الكل. (م)

(١٢) الكبيرين.

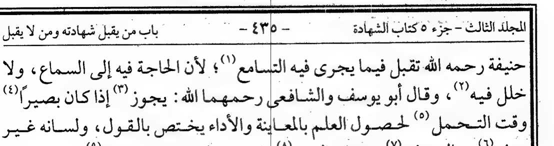
(١٣) والدواب. (م)

(١٤) قوله: "والفرق ما بيناه" هو قوله: لأن لهما يداً على نفسهما فيدفع يد الغير عنهما بخلاف الثياب. (م)

(١٥) قوله: "باب من يقبل شهادته إلخ" لما فرغ من بيان ما يسمع فيه الشهادة وما لا يسمع شرع فى بيان من يسمع منه الشهادة ومن لا يسمع، وقدم ذلك على هذا لأنهم محال الشهادة والمحال شروط، والشروط مقدمة على المشروط. (ن)

(١٦) أى القدورى. (عينى)

(١٧) قوله: "ولا تقبل" وقال مالك: تقبل، لأن العمى لا يقدح فى الولاية والعدالة، باعتبارهما يجوز الشهادة،



حنيفة رحمه الله تقبل فيما يجرى فيه التسامع(١)؛ لأن الحاجة فيه إلى السماع، ولا خلل فيه(٢)، وقال أبو يوسف والشافعى رحمهما الله: يجوز(٣) إذا كان بصيراً(٤) وقت التحمل(٥) لحصول العلم بالمعاينة والأداء يختص بالقول، ولسانه غير مؤف(٦)، والتعريف(٧) يحصل بالنسبة(٨)، كما فى الشهادة على الميت(٩).

ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له، والمشهود عليه، ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة، وفيه(١٠) شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود(١١)، والنسبة(١٢) لتعريف الغائب دون الحاضر، فصار كالحدود والقصاص(١٣).

ولو عمى(١٤) بعد الأداء(١٥) يمتنع القضاء(١٦) عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، فإن قيام الأهلية للشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها(١٧) حجة عنده، وقد بطلت، وصار كما إذا خرس(١٨)، أوجن، أو فسق، بخلاف ما إذا ماتوا أو

ولهذا قبلت روايته. (ك)

(١) كالنسب والموت.

(٢) لأنه فى السماع كالبصير. (ك)

(٣) أى فيما لا يحتاج إلى الإشارة كالديون والعقار. (ك)

(٤) وأداها وهو أعمى. (ك)

(٥) أى تحمل الشهادة.

(٦) أى لم تصبه آفة.

(٧) أى تعريف المشهود عليه.

(٨) بأن يقول: أشهد على فلان هو ابن فلان.

(٩) قوله: "كما فى الشهادة على الميت" إذا شهد على الميت بأن لفلان عليه كذا من الدين، فإنها تقبل بالاتفاق إذا ذكر النسبة. (ع)

(١٠) أى فى التمييز بالنغمة.

(١١) قوله: "يمكن التحرز عنها إلخ" فإن بالشهود البصراء كثرة، وفيه غنية عن شهادة الأعمى، وفى هذا القول إشارة إلى الجواب عن الميت فإن الاحتراز عنه بجنس الشهود غير ممكن لأن المدعى وإن استكثر من الشهود يحتاج إلى إقامة الاسم والنسبة مقام الإشارة عند موت المشهود عليه. (ع)

(١٢) جواب عن قوله: والتعريف يحصل بالنسبة.

(١٣) فإن شهادة الأعمى فى الحدود والقصاص لا تقبل إجماعاً للشبهة فكذا فى غيرها.

(١٤) الشاهد.

(١٥) أى بعد أداء الشهادة وقبل القضاء.

(١٦) أى لم يجز الحكم بها.

(١٧) الشاهد.

(١٨) قوله: "كما إذا أخرس [گنگ گرديد. من]" فإنه إذا حل هذه العوارض بعد الأداء قبل القضاء لا يقضى

غابوا[١]؛ لأن الأهلية بالموت قد انتهت[٢]، وبالغيبة ما بطلت.

قال[٣]: ولا المملوك؛ لأن الشهادة من باب الولاية[٤]، وهو لا يلي نفسه فأولى أن لا يثبت له الولاية على غيره، ولا المحدود في القذف وإن تاب؛ لقوله تعالى: ﴿ولا تقبلوا لهم شهادةً أبدًا﴾، ولأنه[٥] من تمام الحد لكونه مانعًا[٦]، فيبقى[٧] بعد التوبة كأصله، بخلاف المحدود في غير القذف[٨]، لأن الرد للفسق[٩]، وقد ارتفع[١٠] بالتوبة[١١].

وقال الشافعي رحمه الله: تقبل[١٢] إذا تاب؛ لقوله تعالى: ﴿إلا الذين[١٣] تابوا﴾، استثنى التائب. قلنا: الاستثناء[١٤] ينصرف[١٥] إلى ما يليه، وهو قوله تعالى: ﴿فأولئك هم الفاسقون﴾، أو هو استثناء منقطع بمعنى[١٦] لكن، ولو حد[١٧] الكافر

القاضي بهذه الشهادة لبطلان الأهلية كذا هذا.

(١) قوله: "بخلاف ما إذا ماتوا إلخ" جواب عما يقال: لا نسلم أن قيام الأهلية وقت القضاء شرط فإن الشاهد إذا مات أو غاب قبل القضاء لا يمتنع القضاء ولا أهلية عنده. (ف)

(٢) وتقررت فإن الشيء يتقرر بانتهاءه.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) لأنها تنفيذ القول على الغير.

(٥) رد الشهادة.

(٦) قوله: "لكونه [رد الشهادة] مانعًا" عن القذف لأن فيه معنى الزجر لأنه يؤلم قلبه كما أن الجلد يؤلم بدنه، وقد آذاه بلسانه، فعوقب بإهدار منفعة لسانه جزاء وفاقًا، فيبقى بعد التوبة كأصله، وهو الجلد، لأن رد شهادته من تمام الحد، وأصل الحد لا يرتفع بالتوبة فكذا المتمم له. (ك)

(٧) الرد.

(٨) حيث يقبل شهادته بعد التوبة كالزنا والسرقة وشرب الخمر.

(٩) لا لتمام الحد كما في المحدود في القذف.

(١٠) الفسق.

(١١) إذ التائب من الذنب كمن لا ذنب له. (ك)

(١٢) أي شهادة المحدود في القذف.

(١٣) قوله: "إلا الذين" تمام الآية: والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدًا وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا. الآية.

(١٤) قوله: "الاستثناء ينصرف إلخ" لأن الاستثناء ليس يرجع إلى جميع ما تقدم إذ من جملته قوله تعالى: فاجلدوهم، ولا يرتفع الجلد بالتوبة. (عيني)

(١٥) قوله: "ينصرف إلى ما يليه" وهو قوله تعالى: فأولئك هم الفاسقون، لأنه للاستئناف، لأن ما قبله أمر ونهي، وهذه جملة اسمية إخبار عن حال قائمة فيهم، فلم يحسن العطف، فكانت مستأنفة، فانصرف الاستثناء إلى هذه الجملة فحسب. (ك)

(١٦) قوله: "بمعنى لكن" لأن التائبين ليسوا من جنس الفاسقين، فكان معناه لكن الذين تابوا فإن الله يغفر ذنوبهم،

فى قذف، ثم أسلم يقبل شهادته، لأن للكافر شهادة[١]، فكان ردها من تمام الحد[٢]، وبالإسلام حدثت له شهادة[٣] أخرى[٤]، بخلاف العبد إذا حد[٥]، ثم أعتق لأنه لا شهادة[٦] للعبد[٧] أصلا، فتمام حده برد شهادته بعد العتق[٨].

قال[٩]: ولا شهادة الوالد لولده، وولد ولده، ولا شهادة الولد لأبويه ولأجداده، والأصل[١٠] فيه[١١] قوله عليه السلام[١٢]: «لا يقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد[١٣] لسيده ولا المولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره»*.

ولأن المنافع[١٤] بين الأولاد والآباء متصلة، ولهذا[١٥] لا يجوز أداء الزكاة إليهم، فتكون[١٦] شهادة لنفسه من وجه، أوتتمكن فيه التهمة.

قال[١٧]: والمراد بالأجير على ما قالوا[١٨]: التلميذ الخاص[١٩] الذى يعد ضرر

ويرحمهم، فكان كلامًا مبتدأ غير متعلق بما قبله. (ك)

(١٧) قوله: "ولو حد الكافر إلخ" صورته ذمى إذا حد فى قذف لم يجز شهادته بعد ذلك على أهل ذمته، ثم إذا أسلم جازت شهادته على أهل الذمة وعلى أهل الإسلام جميعًا. (ن ل)

(١) وهو شهادته على مثله.

(٢) أى حد القذف.

(٣) وهو الشهادة المطلقة.

(٤) غير الأولى المردودة.

(٥) حيث لا يقبل شهادته.

(٦) فى حال رقه.

(٧) لا على المسلم ولا على الكافر.

(٨) قوله: "برد شهادته إلخ" لأنه لا بد فى حد القذف من رد الشهادة، وإنما حصلت له الشهادة بعد العتق، فترد شهادته الآن تتميما للحد. (عينى)

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) الدليل.

(١١) أى فى شهادة هؤلاء بعضهم لبعض.

(١٢) قوله: "قوله عليه السلام: «لا يقبل» إلخ" قلت غريب، وهو فى مصنف ابن أبى شيبة، وعبد الرزاق من قول شريح، وقال فى "الخلاصة": رواه الخصاف بإسناده عن النبى ﷺ. (ت)

(١٣) ذكره على سبيل الاستطراد. [أى فلو كان للعبد شهادة لما قبلت شهادته لسيده للتهمة. (ك)]

* راجع نصب الراية ج٤ ص٨٢، والدراية ج٢، الحديث ٨٣١ص٢٠٠٢ (ن)

(١٤) أى منافع الأملاك.

(١٥) أى لأجل اتصال المنافع.

(١٦) هذه الشهادة.

أستاذه ضرر نفسه، ونفعه نفع نفسه، وهو معنى قوله عليه السلام[١]: «لا شهادة للقانع[٢] بأهل البيت لهم»*. وقيل: المراد به الأجير مسانهة[٣] أو مشاهرة، أو مياومة، فيستوجب[٤] الأجر بمنافعه عند أداء الشهادة، فيصير[٥] كالمستأجر عليها[٦]. ولا يقبل شهادة أحد الزوجين للآخر، وقال الشافعي رحمه الله: تقبل، لأن الأملاك بينهما متميزة، والأيدى متحيزة[٧]، ولهذا[٨] يجرى القصاص والحبس بالدين بينهما، ولا معتبر[٩] بما فيه[١٠] من النفع[١١] لثبوته ضمنًا[١٢]، كما فى الغريم إذا شهد لمديونه المفلس[١٣]. ولنا ما رويناه[١٤]، ولأن الانتفاع متصل عادة[١٥] وهو

---

(١٧) أى المصنف.

(١٨) المشايخ.

(١٩) هو الذى يأكل معه وفى عياله. (ع)

(١) أخرجه الترمذى عن عائشة رضى الله عنها. (ت)

(٢) قوله: "لا شهادة للقانع [القانع: السائل من القنوع؛ لأنه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم. ع]" القانع التابع لأهل البيت كالخادم لهم، وفى "المغرب": المتعلم الذى يأكل فى بيت أستاذه يكون فى معنى القانع المذكور فى الحديث. (ب)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٨٣، والدراية ج٢، الحديث ٨٣٢ ص١٧٢. (نعيم)

(٣) قوله: "الأجير مسانهة إلخ" وهو الأجير الواحد، وأما شهادة الأجير المشترك فمقبولة، لأن منافعه غير مملوكة للمستأجر ولهذا له أن يؤجر نفسه من غيره فى مدة الإجارة. (ع)

قوله: "مسانهة" سنة محركة: سال، أصله سنهته أو سنوه سانهه مسانهة سالا سال داد او را چيزى، وسالانه كرد او را بركارى. (من)

(٤) قوله: "فيستوجب [الأجير]" أى فيستوجب الأجير الأجر بمنافع نفسه، لأن عمل الأجير كله فى مدة الإجارة للمستأجر فصار الأجير حينئذٍ بالشهادة للمستأجر مستوجبًا للأجر عليه، فصار الأجير بمنزلة المستأجر على الشهادة، لأن شهادته عمل من أعماله، فجميع أعماله مستحقه للمستأجر فى المدة. (ن)

(٥) الأجير.

(٦) الشهادة.

(٧) أى مجتمعة بنفسها غير متصرفة فى ملك الآخر.

(٨) قوله: "ولهذا" أى لأجل تميز الأملاك وتخير الأيدى يجرى القصاص بينهما بأن يقتص من أحدهما الآخر، ويحبس أحدهما بدين الآخر، وكل من كان كذلك يقبل شهادته فى حق صاحبه كالأخوين والأعمام. (عينى رحمه الله)

(٩) دفع دخل.

(١٠) أى فى قبول شهادة أحدهما للآخر.

(١١) قوله: "من النفع" أى النفع الحاصل منه للشاهد فإن كل واحد منهما بعد نفع صاحبه نفع نفسه. (مل)

(١٢) أى فى ضمن الشهادة لا قصداً.

(١٣) قوله: "كما فى الغريم [أى رب الدين] إذا شهد إلخ" حيث يقبل شهادته وإن كان له فيه نفع، لأن النفع حصل ههنا. (مل)

(١٤) من الحديث.

المقصود[1]، فيصير شاهداً لنفسه من وجه، أو يصير متّهماً[2]، بخلاف شهادة الغريم[3]؛ لأنه لا ولاية له على المشهود به[4].

ولا شهادة المولى لعبده؛ لأنه شهادة لنفسه من كل وجه[5] إذا لم يكن على العبد دين، أو من وجه إن كان عليه دين لأن الحال موقوف[6] مراعى، ولا لمكاتبه؛ لما قلنا[7]. ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما؛ لأنه شهادة لنفسه[8] من وجه لاشتراكهما[9]، ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة.

وتقبل شهادة الرجل لأخيه وعمه؛ لانعدام التهمة، لأن الأملاك ومنافعها متباينة[10]، ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض. قال[11]: ولا تقبل شهادة مخنث[12]، ومراده المخنث في الرديء[13] من الأفعال[14]؛ لأنه فاسق، فأما الذي في

---

(١٥) قوله: "متصل [بينهما] عادةً [حتى يعد الزوج غنياً بمالها]" ولهذا لو وطئ جارية امرأته، وقال: ظننت أنها تحل لي لا يحد. (عناية)

(١) من الأموال.

(٢) في شهادته، وشهادة المتهم مردودة.

(٣) قوله: "بخلاف شهادة إلخ" جواب عما ذكره الشافعي، ووجهه أن الغريم لا ولاية له على المشهود به، إذ هو مال المديون، ولا تصرف له عليه، بخلاف الرجل فإنه لكونه قواما عليها هو الذي يتصرف في مالها عادة، لا يقال: الغريم إذا ظفر بجنس حقه يأخذه لأن الظفر أمر موهوم، وحق الأخذ بناء عليه، ولا كذلك الزوجان. (عناية)

(٤) إذ هو مال المديون، فلم يكن الغريم متهماً، فجاز شهادته.

(٥) لأن العبد وما يملكه لمولاه. (ع)

(٦) قوله: "لأن الحال [أي حال العبد] موقوف" أي بين أن يصير العبد للغرماء بسبب بيعهم في دينهم، فيصير أجنبياً، فتقبل شهادة المولى له، أو يبقى للمولى كما كان بسبب قضاءه دينه. (ك)

(٧) قوله: "لما [من أنه شهادة لنفسه من وجه. ك] قلنا" أي من كون الحال موقوفاً مراعى لأنه إن أدى بدل الكتابة صار أجنبياً وإن لم يؤد عاد رقيقاً، فكانت شهادة لنفسه. (عناية)

(٨) قوله: "لأنه شهادة لنفسه [لأن كل ما يحصل للمشهود له للشاهد فيه نصيب]" أي في البعض، وذلك باطل، وإذا بطل البعض بطل الكل لكونها غير متجزئة، إذ هي شهادة واحدة. (ع)

(٩) في الذي يحصل بسبب الشهادة.

(١٠) أي الرجل وأخيه، والرجل وعمه.

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) قوله: "مخنث" المراد من المخنث هو الذي يتشبه النساء باختياره في الأقوال والأفعال، وفي "البحر": المخنث بكسر النون وفتحها، فإن كان الأول فهو بمعنى المتكسر في أعضاءه المتلين في كلامه تشبيهاً بالنساء، وإن كان الثاني فهو الذي يعمل به اللواطة. (مجمع الأنهر)

(١٣) أي التمكين من اللواطة.

(١٤) قوله: "من الأفعال" أفعال النساء من التزين بزينتهن، والتشبيه بهن في الفعل والقول، فالفعل مثل كونه محلا للواطة، والقول مثل تليين كلامه باختياره تشبيها بالنساء. (عين)

كلامه لين[١]، وفى أعضاءه[٢] تكسر فهو مقبول الشهادة، ولا نائحة[٣] ولا مغنية[٤]؛ لأنهما ترتكبان محرمًا، فإنه عليه السلام نهى[٥] عن الصوتين الأحمقين[٦] النائحة والمغنية*.

قال: ولا مدمن الشرب على اللهو[٧]؛ لأنه ارتكب محرم دينه، ولا من يلعب بالطيور[٨]؛ لأنه يورث غفلة[٩]، ولأنه قد يقف على عورات النساء[١٠] بصعود سطحه ليطير طيره، وفى بعض النسخ: ولا من يلعب بالطيور[١١] وهو المغنى. قال: ولا من يغنى للناس[١٢]؛ لأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة، قال:

(١) كما فى كلام النساء، ولم يشتهر بشى من الأفعال الرديئة. (كافى)

(٢) خلقة.

(٣) قوله: "ولا نائحة" المراد بالنائحة التى تنوح فى مصيبة غيرها، واتخذت ذلك حرفة، ولم يرد بها التى تنوح على مصيبتها. (مل)

(٤) قوله: "ولا مغنية" التغنى باللهو معصية فى جميع الأديان خصوصًا إن كان الغناء من المرأة، فإن نفس رفع الصوت منها حرام فضلا عن ضم الغناء إليه، ولهذا لم يقيد ههنا بقوله: للناس، وقيد به فيما ذكر بعد هذا فى غناء الرجل. (ع)

(٥) أخرجه الترمذى فى الجنائز. (ت)

(٦) وصف الصوت بصفة صاحبه. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٨٤، والدراية ج٢، الحديث ٨٣٣ ص١٨٢. (نعيم)

(٧) قوله: "ولا مدمن [أدمن الخمر پيوست خوردى را. من] الشرب [المراد به من شرب، ولم يتب، ومن نيته أن يشرب بعد ذلك إذا وجده، كذا فى "الذخيرة". مل] على اللهو [لا للدواء]" أطلق الشرب على اللهو فى حق المشروب ليتناول جميع الأشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما، فإن الإدمان شرط فى الخمر أيضًا، وفى فتاوى قاضى خان ولا تقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر، ثم قال: وإنما شرط الإدمان ليظهر ذلك عند الناس، فإن من اتهم بشرب الخمر فى بيته لا يبطل عدالته وإن كانت كبيرة، وإنما يبطل إذا ظهر ذلك، أو يخرج سكران، فيسخر منه الصبيان لأن مثله لا يحترز عن الكذب. (ك)

(٨) قوله: ""ولا من يلعب بالطيور" وأما إذا كان يستأنس بالحمام فى بيته فهو عدل مقبول الشهادة إلا إذا خرجت من البيت فإنها تأتى بجماعات غيره، فتفرخ فى بيته، وهو يبيعه، ولا يفرقه من حمام نفسه، فيكون آكلا للحرام. (عناية)

(٩) فلا يؤمن من الزيادة والنقصان، فلا يقبل شهادته.

(١٠) والنظر إلى عورات الأجانب حرام، فلا يجوز شهادة مرتكب الحرام.

(١١) قوله: "ولا من يلعب بالطيور" خصه بالذكر لكونه أعظم من آلات اللهو عند الععجم من الترك وغيره. (مل)

قوله: "بالطيور" والمراد بالطيور كل لهو يكون شنيعًا بين الناس احتراز عما لم يكن شنيعًا كضرب القضيب لأنها لا يمنع قبولها إلا أن يتفاحش بأن يرقصوا به فيدخل فى حد الكبائر. (مجمع الأنهر)

(١٢) قوله: "ولا من يغنى للناس" فإنه أعم من أن يكون مع آلة اللهو أو لا، وإنما لم يكتفِ عن ذكره بما ذكر من المغنية لأنها كانت على الإطلاق، وهذا مقيد بكونه للناس، حتى لو كان غناءه فى نفسه لإزالة الوحشة لا بأس به عند عامة المشايخ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسى، واختاره المصنف، وعلل بأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة، وأصل ذلك ما روى عن أنس بن مالك رضى الله عنه أنه دخل على أخيه، وهو يتغنى وكان من زهاد الصحابة.

ومن المشايخ من كره جميع ذلك، وبه أخذ شيخ الإسلام خواهر زادة، وحمل حديث البراء على أنه كان ينشد

ولا من يأتي بابًا من الكبائر[١] التي يتعلق بها الحد[٢] للفسق.

قال: ولا من[٣] يدخل الحمام من غير إزار؛ لأن كشف العورة حرام، أو يأكل الربا، أو يقامر بالنرد[٤] والشطرنج؛ لأن كل ذلك من الكبائر، وكذلك[٥] من تفوته الصلاة للاشتغال بهما، فأما مجرد اللعب بالشطرنج[٦] فليس بفسق مانع من الشهادة، لأن للاجتهاد فيه مساغًا[٧]، وشرط في الأصل[٨] أن يكون آكل الربا مشهورًا به لأن الإنسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة[٩]، وكل ذلك ربا[١٠].

قال[١١]: ولا من يفعل الأفعال المستحقرة كالبول على الطريق[١٢] والأكل على الطريق[١٣]، لأنه تارك للمروّة[١٤]، وإذا كان لا يستحيي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتّهم، ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف[١٥]؛ لظهور فسقه بخلاف من

الأشعار المباحة التي فيها الوعظ، والحكم واسم الغناء يطلق على ذلك كله. (ع)

(١) قوله: "بابًا من الكبائر إلخ" اختلفوا في تفسير الكبيرة، قال بعضهم هي السبع التي ذكرها رسول الله عليه السلام في الحديث المعروف، وهو الإشراك بالله والفرار من الزحف، وعقوق الوالدين، وقتل النفس بغير حق ونهب المؤمن والزنا، وشرب الخمر وهو قول أهل الحجاز، وأهل الحديث، وزاد بعضهم على هذا السبع أكل الربا، وأكل مال اليتيم بغير حق، وقال بعضهم: ما كان حرامًا لعينه فهو كبيرة، وأصح ما قيل فيه، هو ما نقل عن شمس الأئمة الحلواني أنه قال: ما كانت شنيعًا بين المسلمين، وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين فهو من جملة الكبائر، وكذلك الإعانة على المعاصي والفجور، والحث عليها من جملة الكبائر، فوجب سقوط العدالة، كذا في "الذخيرة". (ك)

(٢) وهذا بناء على أن الكبيرة أعم مما فيه حد أو قتل. (ع)

(٣) هذا وما قبله كله من القدوري.

(٤) قوله: ""بالنرد" ونرد -بالفتح- بازيست معروف معرب ست ارد شيرين با يک آن را وضع كرد. (من)

(٥) وكذلك من يكثر الأيمان الكاذبة بالاشتغال بهما، كذا في "الذخيرة".

(٦) قوله: "فأما مجرد إلخ" وأما من يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة على حال قال عليه السلام: «ملعون من يلعب بالنرد»، ومن كان ملعونًا كيف يكون عدلا، كذا في "الكفاية" ناقلا من "الذخيرة". (مل)

(٧) قال مالك والشافعي يحل اللعب بالشطرنج.

(٨) أي المبسوط.

(٩) قوله: "قلما ينجو إلخ" فلو ردت شهادته إذا ابتلى به لم يبق أحد مقبول الشهادة غالبا، وهذا بخلاف أكل مال اليتيم، فإنه يسقط العدالة، وإن لم يشتهر به لعدم عموم البلوى. (عناية)

(١٠) أي في معنى الربا.

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) قوله: "كالبول على الطريق [يعني به بمر أي الناس. ك]" وذكر الكرخي لا تقبل شهادة من مشى في الطريق بسراويل ليس عليه غيره. (ن)

(١٣) وفي السوق بين يدي الناس، كذا قال قاضي خان.

(١٤) إنسانية.

(١٥) قوله: "سب السلف [وهم الصحابة والتابعون منهم أبو حنيفة. ع]" في المستصفى السلف جمع سالف وهو الماضي، وفي الشرع اسم لكل من يقلد مذهبه، ويقتفي أثره كأبي حنيفة وأصحابه فإنهم سلفنا، والصحابة والتابعون

يكتمه[١]، وتقبل[٢] شهادة أهل الأهواء[٣] إلا الخطابية[٤]، وقال الشافعى رحمه الله: لا تقبل لأنه أغلظ وجوه الفسق[٥].

ولنا أنه[٦] فسق من حيث الاعتقاد[٧]، وما أوقعه فيه[٨] إلا تدينه[٩]، فيمتنع عن الكذب، وصار كمن يشرب المثلث[١٠]، أو يأكل[١١] متروك التسمية عامداً مستبيحاً[١٢] لذلك[١٣]، بخلاف الفسق[١٤] من حيث التعاطى[١٥].

أما الخطابية فهم قوم من غلاة[١٦] الروافض، يعتقدون الشهادة لكل من حلف

سلف لأبى حنيفة وأصحابه، كذا ذكره بدر الدين. (ك)

قوله: "سلف" السلف وهم الصحابة والعلماء المجتهدون رضوان الله تعالى عليهم، ولو قال: أو يظهر سب مسلم، لكان أولى؛ لأن العدالة تسقط بسب مسلم وإن لم يكن من السلف، كما فى "النهاية"، وغيرها قيد بالإظهار؛ لأنه لو كتمه تقبل. (مجمع الأنهر)

(١) وإن كان يعتقده.

(٢) قوله: "تقبل" إذا كان هوى لا يكفر به صاحبه، ولا يكون ماجناً، ويكون عدلا فى تعاطيه وهو الصحيح، كذا فى "الكفاية".

(٣) قوله: "أهل الأهواء [أى هل البدع]" الهوى ميلان النفس إلى ما يستلذ به من الشهوات، وإنما سموا به لمتابعتهم النفس، ومخالفتهم السنة، وأصول أهل الأهواء أى أهل البدع ستة الجبر والقدر والرفض والخروج، والتشبه والتعطيل وكل واحد يصير اثنى عشر فرقة، فتبلغ إلى اثنين وسبعين فرقة. (مل)

(٤) قوله: "إلا الخطابية" فى "شرح الأقطع": هم قوم ينسبون إلى ابن الخطاب رجل كان بالكوفة يزعم أن علياً الإله الأكبر، وجعفر الصادق الإله الأصغر، ويعتقدون أن من ادعى منهم شيئاً على غيره يجب أن يشهد له تقية، وقيل: يعتقدون الشهادة لمن حلف عندهم أنه محق، ويقولون: المسلم لا يحلف كاذباً، فيتمكن شبهة الكذب فى شهادتهم. (مل)

(٥) إذا الفسق اعتقاداً أغلظ منه تعاطياً، ولا شهادة للفاسق. (ك)

(٦) أى أن ما ذهبوا إليه.

(٧) قوله: "من حيث الاعتقاد" والفاسق إنما لا يقبل شهادته لتهمة الكذب، والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على ذلك، لأنه ما أوقعه فيه إلخ. (ك)

(٨) أى فى الهوى.

(٩) قوله: "إلا تدينه" أى تعمقه فى الدين، ألا ترى أن منهم من يعظم الذنب، حتى يجعله كفرا، فيكون ممتنعاً عن الكذب. (ك)

(١٠) قوله: "كمن [وكان حنفياً] يشرب المثلث [فإنه لا يصير مردود الشهادة. ك]" يحل المثلث، وهو عصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه، وبقى الثلث، وإن اشتد وقذف ما لم يسكر بلا نية لهو وطرب عند الشيخين. (مجمع الأنهر)

(١١) وكان شافعياً.

(١٢) يتعلق بكليهما.

(١٣) معتقداً إباحته. (ك)

(١٤) فترد شهادته.

(١٥) أى العمل والمباشرة.

(١٦) جمع غالى، غلا فى الأمر غُلواً: در گذشت از حد آن. (من)

عندهم، وقيل: يرون الشهادة لشيعتهم واجبة، فتمكنت التهمة[١] في شهادتهم لظهور فسقهم. قال[٢]: وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض وإن اختلفت مللهم[٣]، وقال مالك والشافعي رح: لا تقبل، لأنه فاسق، قال الله تعالى: ﴿والكافرون هم الفاسقون﴾، فيجب التوقف في خبره[٤]، ولهذا[٥] لا تقبل شهادته[٦] على المسلم، فصار كالمرتد[٧].

ولنا أن النبي عليه السلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض[٨]*، ولأنه[٩] من أهل الولاية على نفسه، وعلى أولاده الصغار، فيكون من أهل الشهادة[١٠] على جنسه[١١]، والفسق[١٢] من حيث الاعتقاد غير مانع؛ لأنه يجتنب ما يعتقده محرم دينه[١٣]، والكذب محظوراً لأديان كلها، بخلاف المرتد[١٤] لأنه لا ولاية[١٥] له، وبخلاف شهادة الذمي على المسلم[١٦]، لأنه لا ولاية له بالإضافة

---

(١) أي تهمة الكذب.

(٢) هذه من القدوري.

(٣) أي أديانهم كاليهود والنصارى.

(٤) بقوله تعالى: ﴿إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا﴾.

(٥) أي لكونه فاسقاً.

(٦) الكافر.

(٧) قوله: "فصار كالمرتد" أي لا تقبل شهادة المرتد بجنسه، وخلاف جنسه، وعليهما فكذا الكافر. (ك)

(٨) قوله: "أجاز شهادة إلخ" قلت غريب بهذا اللفظ، وهو غير مطابق للحكمين فإن المصنف قال: وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض، وإن اختلفت مللهم، ثم استدل بالحديث، ولو قال أهل الذمة عوض النصارى لكان أولى، وموافقاً للحكمين أعنى اتحاد الملة، واختلافها هكذا أخرجه ابن ماجة في "سننه" عن جابر ابن عبد الله أن النبي ﷺ أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعضهم، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٨٥، والدراية ج٢، الحديث ٨٣٤ ص١٧٢. (نعيم)

(٩) الذمي.

(١٠) كالمسلم.

(١١) قوله: "على جنسه" وترك خلاف الجنس لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾. (ع)

(١٢) جواب عن قول الشافعي لأنه فاسق.

(١٣) قوله: "يجتنب إلخ" فإن قلت: لا نسلم أنهم يجتنبون الكذب بل يباشرونه، فإن الله تعالى أخبر أنهم ينكرون الآيات عناداً مع علمهم بأنها حق، وكان ذلك كذبا منهم. قال الله تعالى: ﴿وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلماً وعلواً﴾. قلت: كان ذلك في الأحبار الذين كانوا على عهد رسول الله ﷺ حتى تواطأوا على كتمان نعت رسول الله ﷺ، فلا شهادة لأولئك عندنا، فأما من سواهم فيعتقدون الكفر لأن عندهم أن الحق ما هم عليه، قال الله تعالى: ﴿ومنهم أميون لا يعلمون الكتاب إلا أماني﴾. (ن)

(١٤) جواب عن قوله: فصار كالمرتد.

(١٥) وهو ركن الدليل.

(١٦) جواب عن قوله: ولهذا لا يقبل شهادته على المسلم.

إليه، ولأنه يتقول[١] عليه، لأنه[٢] يغيظه[٣] قهره إياه، وملل الكفر[٤] وإن[٥] اختلفت فلا قهر[٦]، فلا يحملهم الغيظ على التقول[٧].

قال: ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي، أراد به والله أعلم المستأمن[٨] لأنه لا ولاية له عليه، لأن الذمي من أهل دارنا[٩]، وهو أعلى حالا منه[١٠].

ويقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي، وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة، وإن كانوا من دارين[١١] كالروم والترك لا تقبل[١٢]؛ لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية، ولهذا[١٣] يمنع التوارث بخلاف الذمي[١٤] لأنه من أهل دارنا، ولا كذلك المستأمن.

وإن كانت الحسنات أغلب من السيئات[١٥]، والرجل يجتنب الكبائر قبلت

---

(١) يفترى.

(٢) تقريره إنا سلمنا أن الولاية متحققة لكن المانع وهو التقول موجود.

(٣) غاظه غيظًا: بخشم آورد آن را. (من)

(٤) قوله: "وملل إلخ" جواب لما يقال: كما أن بين المسلم والذمي معاداة فكذلك بين اليهود والنصارى، وكذا بينهم وبين المجوس، فكان ينبغي أن يكون اختلاف الملل مانعًا. (ك)

(٥) الواو وصلية.

(٦) لبعضهم على بعض في دار الإسلام. (ع)

(٧) الافتراء.

(٨) قوله: "أراد به والله أعلم المستأمن إلخ" لعدم تصور شهادة الكافر الحربي على الذمي لما أن الشهادة إنما تكون في مجلس القاضي، ومن شرط القضاء المصر في دار الإسلام ولو دخل حربي دار الإسلام بغير استئذان يؤخذ قهراً فيسترق، فيكون شهادته في حكم شهادة عبد على أحد. (ك)

(٩) قوله: "من أهل دارنا [حتى لا يمكن من الرجوع إلى دار الحرب]" المستأمن من أهل دار الحرب، واختلاف الدارين حكمًا يقطع الولاية. (عيني)

(١٠) قوله: "وهو أعلى [جزء لعلة انقطاع الولاية. ع] حالا منه" أي أقرب إلى أهل الإسلام لأنه قبل ما هو خلف الإسلام، وهو الجزية، ولأنه صار محقون الدم على التابيد، ولهذا يقتل المسلم بالذمي قصاصاً، ولا يقتل المسلم بالمستأمن. (ك)

(١١) مختلفين بالمنعة.

(١٢) أي شهادة بعضهم لبعض.

(١٣) أي لانقطاع الولاية.

(١٤) قوله: "بخلاف الذمي" جواب عما يقال: اختلاف الدارين لو قطع الولاية لما قبلت شهادة الذمي على المستأمن لوجوده لكنها قبلت، ووجهه أن يقال: الذمي من أهل دارنا، ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها، فكان الواجب شهادة الذمي على المسلم كعكسه، لكن تركناه بالنص، كما مر، ولا نص في المستأمن فيقبل شهادة الذمي عليه، ولا كذلك المستأمن لأنه ليس من أهل دارنا، وفيه إشارة إلى أن أهل الذمة إذا كانوا من دارين مختلفين قبلت شهادة بعضهم على بعض، لأنهم من دارنا فهي تجمعهم بخلاف المستأمنين. (عناية)

شهادته وإن ألم[١] بمعصية، هذا[٢] هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة[٣]، إذ لا بد له من توقي[٤] الكبائر كلها، وبعد ذلك[٥] يعتبر[٦] الغالب كما ذكرنا[٧]، فأما الإلمام بمعصية[٨] لا ينقدح به العدالة المشروطة[٩]، فلا يرد به الشهادة المشروعة، لأن في اعتبار اجتنابه الكل[١٠] سد بابه[١١]، وهو مفتوح إحياء للحقوق[١٢].

قال[١٣]: وتقبل شهادة الأقلف[١٤]؛ لأنه[١٥] لا يخل[١٦] بالعدالة إلا إذا تركه استخفافًا[١٧] بالدين لأنه لم يبقَ بهذا الصنيع عدلا[١٨].

قال[١٩]: والخصي[٢٠]، فإن عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي[٢١]،

---

(١٥) الصغائر.

(١) إلمام مباشر، ومرتكب صغائر شدن. (من)

(٢) أي كون الحسنات أكثر من السيئات واجتناب الكبائر.

(٣) في الشرع.

(٤) پرهيز كردن. (من)

(٥) التوقي.

(٦) في حق الصغائر.

(٧) من قوله: وإن كانت إلخ.

(٨) من الصغائر.

(٩) في الشهادة.

(١٠) أي كل الذنوب.

(١١) الشهادة.

(١٢) أي حقوق الناس.

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) قوله: "الأقلف" هو من لم يختن، وأبو حنيفة لم يقدر له وقتا معينًا إذا المقادير تعرف بالشرع، ولم يرد في ذلك نص، ولا إجماع والمتأخرون بعضهم قدره من سبع سنين إلى عشرين، وبعضهم اليوم السابع من ولادته أو بعده، لما روى الحسن والحسين رضي الله تعالى عنهما، ختنا اليوم السابع أو بعده، لكنه شاذ. (ع)

(١٥) قوله: "لأنه" أي لأن ترك الختان لا يخل بالعدالة لأن الختان سنة، وترك السنة لايخل بالعدالة، وعن ابن عباس رضي الله عنهما لا تقبل شهادته. (مل)

(١٦) إذا تركه بعذر الكبر أو خوف الهلاك. (ك)

(١٧) وعلى وجه الإعراض عن السنة. (ك)

(١٨) قوله: "عدلا" قال الزيلعي في "تخريجه": إنه يوجد في بعض نسخ "الهداية"، وعن ابن عباس لا تقبل شهادة الأقلف، ولا تقبل صلاته، ولا تؤكل ذبيحته، انتهى، وقد أخرجه ابن أبي شيبة في "مصنفه". (مل)

(١٩) أي القدوري. (عيني)

(٢٠) هو منزوع الخصيتين. (ع)

(٢١) على بن مظعون، كذا رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه".

ولأنه قطع عضو منه[١] ظلمًا[٢]، فصار كما إذا قطعت يده.

قال[٣]: وولد الزنا؛ لأن فسق الأبوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما[٤] وهو[٥] مسلم[٦]، وقال مالك: لا تقبل[٧] في الزنا[٨]؛ لأنه يحب أن يكون غيره كمثله[٩]، فيتهم[١٠]. قلنا: العدل لا يختار ذلك[١١]، ولا يستحبه، والكلام[١٢] في العدل، قال[١٣]: وشهادة الخنثى جائز؛ لأنه رجل أو امرأة، وشهادة الجنسين مقبولة[١٤] بالنص[١٥]. قال[١٦]: وشهادة العمال جائزة، والمراد عمال السلطان[١٧] عند عامة المشايخ لأن نفس العمل[١٨] ليس بفسق إلا إذا كانوا أعوانًا على الظلم[١٩]، وقيل: العامل إذا كان وجيهًا[٢٠] في الناس ذا مُرُوَّة[٢١] لا يجازف[٢٢] في كلامه تقبل

---

(١) الخصى.

(٢) أي من دون وجه شرعي.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) الأبوين.

(٥) الواو حالية.

(٦) فلا يؤاخذ بكفر الأبوين.

(٧) أي شهادة ولد الزنا.

(٨) أي في الشهادة على الزنا.

(٩) الكاف زائدة. (ع)

(١٠) فترد.

(١١) أي أن يكون غيره مثله.

(١٢) أي الكلام في قبول شهادة ولد الزنا إذا كان عدلا.

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) قوله: "مقبولة" قال: في الخزانة: والخنثى المشكل لا يشهد مع رجل ولا مع امرأة، ولو شهد مع رجل وامرأة تقبل، وفي "العناية": وينبغي أن لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء لاحتمال أن يكون امرأة. (عناية)

(١٥) قوله: "بالنص" قال الله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾. (عناية)

(١٦) أي القدوري. (عيني)

(١٧) قوله: "عمال السلطان" وهم الذين يعينون السلطان في أخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكاة السوائم ونحوهما، وقيل: الذين يعملون بأيديهم ويؤاجرون أنفسهم لأن من الناس من قال: لا تقبل شهادة هؤلاء، وإنما أورد هذه المسألة رد القول هذا القائل لأن كسبهم أطيب الكسب على ما جاء في الحديث: «أفضل الناس عند الله تعالى من يأكل من كسب يده»، فلا يوجب ذلك جرحًا. (ك)

(١٨) فإن أجلاء الصحابة كانوا عمالا. (ع)

(١٩) كما في زماننا فلا تقبل شهادتهم.

(٢٠) قوله: "إذا كان وجيهًا [ذا وجاهة وشرف] إلخ" لعله يريد به إذا كان عونًا على الظلم، فإنه إذا لم يكن كذلك لم يشترط فيه ذلك، ويدل على ذلك تمثيله بما مر عن أبي يوسف في الفاسق. (ع)

(٢١) إنسانية.

شهادته كما مر عن أبي يوسف في الفاسق؛ لأنه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظًا للمُرُوَّة، ولمهابته[١] لا يستأجر[٢] على الشهادة الكاذبة.

قال[٣]: وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان[٤]، والوصى يدعى ذلك[٥]، فهو جائز استحسانًا، وإن أنكر الوصى[٦] لم يجز، وفي القياس لا يجوز وإن ادعى[٧]، وعلى هذا[٨] إذا شهد الموصى لهما بذلك[٩]، أوغريمان لهما على الميت دين، أو للميت عليهما دين، أو شهد الوصيان أنه[١٠] أوصى إلى هذا الرجل معهما. وجه القياس: أنها شهادة للشاهد لعود المنفعة إليه[١١]، وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصى إذا كان[١٢] طالبًا[١٣]، والموت معروفًا[١٤]، فيكفى القاضي بهذه الشهادة[١٥] مؤنة[١٦] التعيين، لا أن يثبت بها[١٧] شيء[١٨]، فصار

---

(٢٢) جزف -بالفتح-: آسان گرفتن كار را. (م)

(١) مهابة -بالفتح-: بزرگى. (من)

(٢) حفظًا على حرمته استأجرته بمزد خواستم او را. (من)

(٣) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٤) أي جعل فلانًا وصيًا.

(٥) الوصاية.

(٦) الوصاية.

(٧) الوصاية.

(٨) قوله: "وعلى هذا" أي على ما ذكر من الجواز عند دعوى الوصى بذلك وعدمه عند عدم دعواه بذلك.

(٩) قوله: "وعلى هذا إذا شهد إلخ" ههنا خمس مسائل: الغريمان لهما على الميت دين، والغريمان عليهما للميت دين، والموصى لهما، والموصى إليهما والوارثان، وشهد كل فريق أن الميت أوصى إلى هذا، وهو يطلب ذلك جازت الشهادة استحسانًا، وفي القياس لا يجوز وإن أنكر الوصى ذلك لم يجز قياسًا واستحسانًا. (ن)

(١٠) الميت.

(١١) قوله: "لعود المنفعة إليه [الشاهد]" وهذا لأن الوارثين قصدًا بهذه الشهادة نصب من يقوم مقامهما في إحياء حقوقهما، والغريمان قصدًا نصب من يستوفيان منه حقهما، أو يبرأن بالدفع إليه، والوصيان قصدًا من يغنيهما عن التصرف في مال الميت والموصى لهما قصدًا من يدفع إليه حقوقهما. (ك)

(١٢) الوصى.

(١٣) أي طالبًا للنصب وراضيًا به.

(١٤) ظاهرًا.

(١٥) قوله: "فيكفى [كفاه مؤنة كفاية كار گزارى كرد او را. من] القاضي إلخ" لأن القاضي يلزمه أن يتأمل في هذا الوصى أنه هل يصلح الوصية لأمانته وديانته، وهدايته أم لا يصلح، وهما بهذه الشهادة زكياه، وأخبرا القاضي بأنه أهل لذلك، فكفى مؤنة التعيين فصار كالقرعة فإنها ليست بحجة، ويجوز استعمالها في تعيين الأنصباء لدفع التهمة عن القاضي. (كفاية)

(١٦) المشقة.

كالقرعة[١]، والوصيان إذا أقرا أن معهما ثالثًا[٢]، يملك القاضى نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما[٣]. بخلاف[٤] ما إذا أنكر[٥] أو لم يعرف الموت؛ لأنه ليس له[٦] ولاية نصب الوصى، فتكون الشهادة هى الموجبة[٧]، وفى الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة[٨] وإن[٩] لم يكن الموت معروفًا لأنهما يقران على أنفسهما[١٠]، فيثبت الموت[١١] باعترافهما فى حقهما.

وإن شهدا أن أباهما الغائب، وكله[١٢] بقبض ديونه بالكوفة، فادعى الوكيل[١٣]، أو أنكر لم تقبل شهادتهما؛ لأن القاضى لا يملك نصب الوكيل عن الغائب، فلو ثبت[١٤] إنما يثبت بشهادتهما، وهى غير موجبة لمكان التهمة[١٥].

قال: ولا يسمع القاضى[١٦] الشهادة[١٧] على جرح مجرد[١٨]، ولا

---

(١٧) الشهادة.

(١٨) فليست هذه شهادة حقيقة.

(١) قوله: "كالقرعة" كما يكون القرعة فى القسمة لتطييب القلوب، وصورتها أن يكتب أسامى الشركاء، ويجعلها بطاقات، ويطوى كل بطاقة، ويجعلها شبه البندقة، ويدخلها فى طين، ثم يخرجها، ثم يدلكها، ثم يجعلها فى وعاء أو فى كمه، ثم يخرج واحدا بعد واحد. (مجمع الأنهر)

(٢) قوله: "والوصيان إلخ" جواب لما يقال: إذا كان للميت وصيان فالقاضى لا يحتاج إلى نصب وصى آخر على الميت، فلا يكون له ذلك من غير شهادة، فتمكن التهمة فى الشهادة. (ك)

(٣) وشهادتهما ههنا بثالث اعتراف بعجزهما. (ع)

(٤) قوله: "بخلاف ما إذا أنكر إلخ" أى بخلاف ما إذا كان الوصى جاحدا، لأن القاضى ليس له إجبار أحد على قبول الوصية، بخلاف ما إذا لم يكن الموت ظاهراً، لأنه حينئذٍ لم يكن له ولاية نصب الوصى إلا بهذه البينة، فيصير الشهادة موجبة، فبطل بمعنى التهمة. (ك)

(٥) أى لا تقبل الشهادة.

(٦) القاضى.

(٧) لثبوت الوصاية.

(٨) قوله: "تقبل الشهادة" قيل: معنى القبول أمر القاضى إياهما بأداء ما عليهما إليه لا براءتهما عن الدين بهذا الأداء، لأن استيفاء الدين منهما حق عليهما والبراءة حق لهما، فلا تقبل فيها. (ك)

(٩) الواو وصلية.

(١٠) بحق قبض الدين فانتفت التهمة.

(١١) أى موت رب الدين.

(١٢) رجلا.

(١٣) الوكالة.

(١٤) التوكيل.

(١٥) لأنهما يشهدان لأبيهما.

(١٦) قوله: "ولا يسمع القاضى" لو شهدوا بأن شهود المدعى فسقة، أو زناة، أو أكلة الربا، أو شربة الخمر، أى

يحكم[1] بذلك[2]؛ لأن الفسق مما لا يدخل تحت الحكم[3]، لأن له[4] الرفع بالتوبة، فلا يتحقق الإلزام، ولأن فيه[5] هتك[6] الستر، والستر واجب والإشاعة[7] حرام[8]، وإنما يرخص[9] ضرورة إحياء الحقوق، وذلك فيما يدخل تحت الحكم، إلا إذا شهدوا[10] على إقرار المدعي بذلك[11]، لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم[12].

قال[13]: ولو أقام المدعى عليه البينة أن المدعى استأجر الشهود لم تقبل؛ لأنه شهادة على جرح مجرد، والاستئجار[14] وإن[15] كان أمرًا زائدًا عليه[16]، فلا

عادتهم الزنا، أو أكل الربا، أو الشرب، فهذا شهادة على جرح مجرد، فإنه لا يثبت به الحد، ولو شهدوا أنهم زنوا، أو سرقوا، أو شربوا الخمر تقبل فإنه شهادة على جرح غير مجرد، إذ يثبت به الحد، كذا في "الدر المختار على رد المحتار".

(١٧) من شهود المدعى عليه.

(١٨) قوله: "على جرح مجرد" والجرح المجرد هو أن يطعن المدعى عليه الشهود بطعن لا يدخل تحت حكم القاضي كقوله: إنهم فسقة، وأما الجرح الذي هو غير مجرد فهو أن يكون مقرونا بحق من حقوق الله تعالى، بأن أقام المدعى عليه البينة أن الشهود أكلوا الربا، أو شربوا الخمر كان المقصود إقامة الحد، وهو مما يدخل تحت الحكم.

أو أن يكون مقرونًا بحق من حقوق العباد، نحو إن قال: صالحت هؤلاء الشهود بكذا من المال على أن لا يشهدوا على هذه الشهادة، ودفعت المال إليهم، ولم يوفوا ما شرطوا فإني أطالبهم بما دفعت إليهم قبل هذا الجرح، لأن فيه إيجاب رد المال، وهو مما يدخل تحت الحكم، حتى لو قال: صالحتهم بكذا من المال على أن لا يشهدوا على هذه الشهادة، ولكن لم أدفع المال إليهم لا تقبل. (ن)

(١) أي لا يحكم القاضي بعلمه أيضًا. (ف)

(٢) أي بالجرح المجرد.

(٣) قوله: "لا يدخل تحت الحكم" وليس في وسع القاضي إلزامه، والبينة إنما تقبل على ما يدخل تحت الحكم، وفي وسع القاضي إلزامه. (ك)

(٤) أي للمقضي عليه.

(٥) قوله: "ولأن فيه [أي في الجرح المجرد] إلخ" يعني أن الشاهد بهذه الشهادة صار فاسقًا، لأن فيها إشاعة الفاحشة وهي حرام بالنص، والمشهود به لا يثبت بشهادة الفاسق.

ولا يقال: إن فيه ضرورة وهي كف الظالم عن الظلم بالشهادة الكاذبة، وقد قال عليه السلام: «انصر أخاك ظالما أو مظلوما»، لأنه لا ضرورة إلى أداء هذه الشهادة على ملأ من الناس، ويمكنه كفه عن الظلم بإخبار القاضي بذلك سرًا. (ك)

(٦) وهو إظهار الفاحشة.

(٧) أي إشاعة الفاحشة.

(٨) بلا ضرورة.

(٩) الإشاعة.

(١٠) قوله: "إلا إذا شهدوا [أي شهود المدعى عليه] إلخ" استثناء من قوله: لأن الفسق، وهو منقطع بمعنى لكن. (عيني)

(١١) أي بالجرح المجرد بأنهم فسقة، أو شهدوا بزور أو نحوه.

(١٢) قوله: "لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم" ويقدر القاضي على الإلزام، لأنه لا يرتفع بالتوبة، ولأنهم ما شهدوا بإظهار الفاحشة، وإنما حكوا إظهار الفاحشة عن غيرهم، فلا يصيرون فاسقين، فيثبت المشهود به. (ك)

(١٣) أي محمد. (عيني)

خصم فى إثباته[(١)]، لأن المدعى عليه فى ذلك أجنبى عنه[(٢)] حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعى استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة، وأعطاهم العشرة من مال الذى كان فى يده تقبل[(٣)]، لأنه[(٤)] خصم فى ذلك، ثم يثبت الجرح بناء عليه.

وكذا[(٥)] إذا أقامها[(٦)] على أنى صالحت هؤلاء الشهود على كذا من المال، ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا على بهذا الباطل، وقد شهدوا، وطالبهم[(٧)] برد ذلك المال، ولهذا قلنا[(٨)]: إنه لو أقام[(٩)] البينة أن الشاهد عبد أو محدود فى قذف، أو شارب خمر، أو قاذف، أو شريك المدعى تقبل[(١٠)].

قال[(١١)]: ومن شهد ولم يبرح[(١٢)]، حتى قال: أوهمت بعض شهادتى، فإن كان عدلا جازت شهادته[(١٣)]، ومعنى قوله: أوهمت[(١٤)] أى أخطأت بنسيان ما كان بحق

---

(١٤) قوله: "والاستجار إلخ" جواب سؤال مقدر بأن يقال: بأن هذا ليس بجرح مجرد بل هو إثبات أمر زائد، وهو استجار المدعى، وهو إثبات لحق المدعى، فيثبت فى ضمنه الجرح. وحاصل الجواب أنه نعم كذلك إلا أن المدعى عليه ليس بنائب عن المدعى فى إثبات الحق له بل هو أجنبى عنه، فبقى جرحا مجردا. (مل)

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) أى على الجرح المجرد.

(١) الاستجار.

(٢) المدعى.

(٣) هذه الشهادة.

(٤) أى لأن المدعى خصم للمدعى عليه فيما يدعيه.

(٥) أى تقبل.

(٦) المدعى عليه البينة.

(٧) المدعى عليه.

(٨) قوله: "ولهذا قلنا" أى لما قلنا من أن الشهادة على الجرح المجرد لا يقبل، وهو ما ليس فيه حق الله، أو حق العبد قلنا: إنه إلخ، وهذا عجيب فإنه ليس له ذكر فى "الهداية"، فكان المناسب أن يقول: ولهذا لو أقام البينة إلخ. (مل)

(٩) المدعى عليه.

(١٠) قوله: "تقبل [أى البينة]" لأن الحق حق الله تعالى، وأما المحدود فى القذف ففيه إحياء حق الله تعالى، وهو رد الشهادة، وأنه من تمام الحد. وأما شارب الخمر ولم يتقادم العهد فلأن فيه إحياء حق الله تعالى، وهو الحد، وأما القاذف فالمقذوف يدعى، لأن فيه إثبات الحد، وفيه حقان، والمغلب حق الله تعالى. وأما شريك المدعى إذا كان يشهد بمال مشترك فيثبت التهمة، والشهادة ترد بالتهمة، فإن قيل: فى هذه الشهادة إظهار الفاحشة كما فى ما تقدم فكيف سمعت، فالجواب أن إظهارها إذا دعت إليه ضرورة جاز، وقد تحققت لإقامة الحد. (مل)

(١١) أى محمد. (عينى)

(١٢) أى لم يزل من مكانه.

(١٣) قوله: "فإن كان عدلا إلخ" وإن كان غير عدل يرد شهادته مطلقا، أى سواء قال فى المجلس أو بعده فى موضع التهمة، أو غيره. (ع)

على ذكره[١]، أو بزيادة كانت باطلة. ووجهه[٢] أن الشاهد قد يبتلى بمثله[٣] لمهابة مجلس القضاء[٤]، فكان العذر واضحًا، فتقبل[٥] إذا تداركه فى أوانه[٦]، وهو[٧] عدل، بخلاف ما إذا قام[٨] عن المجلس[٩]، ثم عاد[١٠]، وقال: أوهمت، لأنه يوهم الزيادة من المدعى بتلبيس[١١] وخيانة، فوجب الاحتياط. ولأن المجلس[١٢] إذا اتحد لحق الملحق بأصل الشهادة، فصار[١٣] ككلام واحد، ولا كذلك[١٤] إذا اختلف[١٥]، وعلى هذا[١٦] إذا وقع الغلط فى بعض الحدود[١٧]، أو فى بعض النسب، وهذا[١٨] إذا

---

(١٤) قوله: "ومعنى قوله: أوهمت إلخ" قيل: معنى قوله: أوهمت فى بعض شهادتى أن يكون غلطا فى المقدار، أوفى الجنس أوفى السبب، ثم قيل: يقضى بجميع ما شهد لأن ما شهد صار حقًا للمدعى على المدعى عليه، ولا يبطل بقوله: أوهمت. وقيل: يقضى بما بقى حتى لو شهد بألف، وقال غلطت بخمس مائة بل هو خمس مائة يقضى عليه بخمس مائة لأن ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كحدوثه عند الشهادة، ولو شهد بخمس مائة لا يقضى بألف، كذا هذا، وإليه مال شمس الأئمة السرخسى. (كفاية)

(١) كذا قال فخر الإسلام.

(٢) جواز الشهادة.

(٣) أى بمثل قوله: أوهمت.

(٤) فإن مهابة مجلس القضاء يوقع عليه الزيادة أو النقصان.

(٥) شهادته.

(٦) هو قبل البراح عن مكانه.

(٧) الواو حالية.

(٨) الشاهد.

(٩) أى مجلس القضاء.

(١٠) فإنه لا يقبل.

(١١) قوله: "بتلبيس" تلبيس در آميختن وپنهان داشتن مكر وعيب از كسى. (من)
قوله: "تلبيس" أى على الشهود، وبإطماع المدعى الشهود بحطام الدنيا، وأيضًا يوهم النقصان من المدعى عليه بمثل ذلك. (ع)

(١٢) قوله: "ولأن المجلس إلخ" دليل آخر على ذلك، وفيه إشارة إلى ما قال شمس الأئمة السرخسى فإن هذا الدليل يوجب العمل بالشهادة الثانية فى الزيادة والنقصان. (مل)

(١٣) الملحق والملحق به.

(١٤) أى لا يلحق الملحق بأصل الشهادة.

(١٥) المجلس.

(١٦) قوله: "وعلى هذا" أى على اعتبار اتحاد المجلس فى عدم التلبيس، واعتبار اختلافه فى وجود التلبيس. (مل)

(١٧) قوله: "إذا وقع الغلط فى بعض الحدود" بأن يذكر الجانب الشرقى مكان الجانب الغربى، أو على العكس، أوفى بعض النسب بأن يذكر محمد بن أحمد بن عمر مكان محمد بن على بن عمر مثلا، فتقبل إذا تدارك فى مجلسه، ولا تقبل بعده. (ك)

(١٨) أى اعتبار اتحاد المجلس فى عدم التلبيس واعتبار اختلافه فى وجود التلبيس.

كان موضع شبهة[١]، فأما إذا لم يكن[٢] فلا بأس بإعادة الكلام مثل أن يدع لفظة الشهادة، وما يجرى مجرى ذلك[٣]، وإن[٤] قام عن المجلس بعد أن يكون عدلا.

وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يقبل[٥] قوله[٦] فى غير المجلس[٧] إذا كان عدلا، والظاهر[٨] ما ذكرناه.

باب الاختلاف فى الشهادة[٩]

قال[١٠]: الشهادة إذا وافقت الدعوى[١١] قبلت، وإن خالفتها لم تقبل؛ لأن تقدم الدعوى[١٢] فى حقوق العباد[١٣] شرط قبول الشهادة، وقد وجدت فيما

---

(١) أى موضع شبهة التلبيس من المدعى أو المدعى عليه. (ك)

(٢) أى موضع شبهته. (ك)

(٣) قوله: "وما يجرى مجرى ذلك" بأن ترك ذكر اسم المدعى، أو المدعى عليه، أو ترك الإشارة إلى المدعى أو المدعى عليه. (ك)

(٤) الواو وصلية.

(٥) قوله: "أنه يقبل إلخ" أى يقبل فى غير المجلس أيضًا فى جميع ذلك، لأن فرض عدالته ينفى توهم التلبيس والتغيير، والظاهر ما ذكره أولا من تقييد ما فيه شبهة التغيير بالمجلس. (ع)

(٦) الشاهد.

(٧) أى فى جميع المجالس الشاهد.

(٨) قوله: "والظاهر" أى ظاهر الرواية ما ذكرناه، وهو أن شهادته تجوز إذا قال: أوهمت إذا لم يبرح عن مكانه بعد أن كان عدلا، فإن برح فلا. (عينى)

(٩) قوله: "باب الاختلاف فى الشهادة" تأخير اختلاف الشهادة عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق أصلا، والاختلاف إنما هو بعارض الجهل، والكذب، فأخره وضعًا للتناسب. (عناية)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) قوله: "إذا وافقت الدعوى [هو مطالبته حق فى مجلس من له الخلاص بعد ثبوته. ع]" بأن تتحد أنواعًا، وكما وكيفًا، وزمانًا، وفعلا، وانفعالا، ووضعًا، وملكًا، ونسبة، فإنه إذا ادعى على آخر عشر دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم، أو ادعى عشرة دراهم يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة، أو ادعى شق زق، وإتلاف ما فيه، وشهد بانشقاقه عنده، أو ادعى عقارًا بالجانب الشرقى من ملك فلان، وشهد بالغربى منه، أو ادعى أنه ملكه وشهد أنه ملك ولده، أو ادعى أنه عبد ولدته الجارية الفلانية، وشهد بولادة غيرها لم يكن تلك الشهادة موافقة للدعوى، وأما الموافقة بين لفظهما فليست بشرط. (ع)

(١٢) قوله: "لأن تقدم إلخ" أما إن تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط لقبولها فلان القاضى نصب لفصل الخصومات فلا بد منها، ولا نعنى بالخصومة إلا الدعوى. وأما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يهدرها من التكذيب، وأما عدمها عند المخالفة فلوجود ذلك، لأن الشهادة لتصديق الدعوى، فإذا خالفتها فقد كذبتها، فصار وجودها وعدمها سواء، والأصل فى الشهود العدالة ولا يشترط عدالة المدعى لصحة الدعوى، فرجحنا جانب الشهود عملا بالأصل. (ع)

(١٣) قوله: "فى حقوق العباد" قيد به لأنه لا يشترط فى حقوق الله تعالى تقدم الدعوى لقبول الشهادة، لأن كل واحد خصم فى إثبات حق الله تعالى، لأنه واجب الرعاية على كل أحد، فصار كأن الدعوى موجودة، وحق الإنسان يتوقف على مطالبته، أو مطالبة من يقوم مقامه. (ك)

يوافقها، وانعدمت فيما يخالفها.

قال[١]: ويعتبر[٢] اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة، فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل الشهادة عنده[٣]، وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعى يدعي الألفين، وعلى هذا[٤] المائة والمائتان[٥]، والطلقة والطلقتان[٦]، والطلقة والثلاث. لهما: أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة، وتفرد أحدهما بالزيادة، فيثبت ما اجتمعا[٧] عليه دون ما تفرد به أحدهما[٨]، فصار كالألف[٩] والألف والخمسمائة. ولأبي حنيفة أنهما[١٠] اختلفا لفظًا[١١]، وذلك[١٢] يدل على اختلاف المعنى، لأنه[١٣] يستفاد باللفظ، وهذا[١٤] لأن الألف لا يعبر به عن الألفين بل هما جملتان[١٥] متباينتان، فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد[١٦]،

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "ويعتبر اتفاق الشاهدين" لأن القضاء إنما يجوز بحجة وهي شهادة المثنى، فما لم يتفقا فيما شهدا به لا يثبت الحجة، أما الموافقة من حيث المعنى فلا بد منها بلا خلاف، وأما الاختلاف في اللفظ من حيث الترادف، فلا يمنع بلا خلاف، ولهذا لو شهدا بالهبة والآخر بالعطية فهو مقبولة.

وأما الاختلاف في اللفظ بحيث يدل لفظ شاهد واحد على مدلول لفظ الشاهد الآخر بالتضمن، فقد نفا أبو حنيفة جوازه، فعنده لا بد من أن يطابق لفظهما على إفادة المعنى المراد بطريق الوضع لا بطريق التضمين خلافًا لهما. (مل)

(٣) كما لو شهد أحدهما بدراهم والآخر بدنانير. (ك)

(٤) الخلاف.

(٥) أي شهد أحدهما بالمائة والآخر بالمائتين.

(٦) قوله: "والطلقة إلخ" أي شهد أحدهما بأنه طلق امرأته واحدة، والآخر شهد بأنه طلقها ثنتين، أو ثلاث تطليقات. (مل)

(٧) أي الألف أو الطلقة.

(٨) أي الزيادة.

(٩) قوله: "فصار كالألف إلخ" أي ادعى ألفا وخمس مائة، وشهد أحدهما بالألف والآخر بألف وخمس مائة قبلت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين على الألف لفظا ومعنى. (عيني)

(١٠) شاهدين.

(١١) فإن أحد اللفظين فرد والآخر مثنى.

(١٢) أي الاختلاف لفظا.

(١٣) المعنى.

(١٤) أي دلالة اختلاف اللفظ على اختلاف المعنى.

(١٥) قوله: "بل هما جملتان" أي كلمتان وتسمية جملة لأن مدلول كا[illegible]نهما مغاير لجملة مدلول الآخر، فإن قيل: الألف موجود في الألفين، قلنا: نعم، إذا ثبت الألفان ثبت الألف في ضمنه، فإذا لم يثبت المتضمن كيف يثبت ما في ضمنه. (ك)

(١٦) فلا يقبل.

فصار[1] كما إذا اختلف جنس المال. قال[2]: وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعى يدعى ألفًا وخمسمائة قبلت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين عليها لفظًا ومعنًى، لأن الألف والخمسمائة جملتان عطف إحداهما على الأخرى والعطف يقرر الأول[3]، ونظيره[4] الطلقة[5] والطلقة والنصف، والمائة[6] والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر[7]، لأنه ليس بينهما حرف العطف[8]، فهو نظير الألف والألفين.

وإن قال[9] المدعى لم يكن لى عليه إلا الألف فشهادة الذى شهد بالألف[10] والخمسمائة باطلة؛ لأنه[11] كذبه المدعى فى المشهود به، وكذا إذا سكت[12] إلا عن دعوى الألف، لأن التكذيب[13] ظاهر، فلا بد من التوفيق[14]، ولو قال: كان أصل حقى ألفًا وخمسمائة[15]، ولكنى استوفيت خمسمائة، أو ابرأته عنها قبلت[16]

(١) قوله: "فصار كما إذا اختلف إلخ" بأن شهد أحدهما بكر شعير والآخر بكر حنطة. (عناية)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) أى المعطوف عليه.

(٤) قوله: "ونظيره" فقبل الشهادة على الطلقة، وكذا على المائة.

(٥) بأن شهد أحدهما بطلقة والآخر بطلقة ونصف.

(٦) قوله: "والمائة" بأن شهد أحدهما بمائة والآخر بمائة وخمسين.

(٧) قوله: "بخلاف العشرة إلخ" يعنى أن المدعى يدعى خمسة عشر، وشهد أحدهما بعشرة، والآخر بخمسة عشر، فلا يثبت العشر عند أبى حنيفة لأن الموافقة بين اللفظين شرط، ولم توجد. (عينى)

(٨) قوله: "لأنه ليس بينهما إلخ" لأن خمسة عشر تذكر بغير حرف العطف، فكانت كلمة واحدة غير العشرة فلم يوجد الموافقة. (مل)

(٩) قوله: "وإن قال" أى ما مر كان إذا كان المدعى يدعى الأكثر، وأما إذا ادعى الأقل، وقال إلخ. (ف)

(١٠) أى بالأكثر.

(١١) قوله: "لأنه كذبه إلخ" فلم يبق له إلا شاهد واحد، فلا يثبت به شىء، فإن قيل: لم يكذبه إلا فى البعض فما بال القاضى لا يقضى به على الباقى كما يقضى بالباقى فى الإقرار إذا كذب المقر له فى بعض ما أقر به. أجيب بأن تكذيب الشاهد تفسيق له، ولا شهادة للفاسق بخلاف الإقرار، لأن عدالة المقر ليست بشرط، فتفسيقه لا يبطل الإقرار. (ف)

(١٢) قوله: "وكذا إذا سكت" أى ادعى الأقل، ولم يتعرض للخمس مائة لانفيا، ولا إثباتا، وسكت عن قوله: لم يكن لى إلا الألف، وباقى المسألة بحالها، فلا يقضى له بشىء. (مل)

(١٣) أى تكذيب المدعى الشاهد.

(١٤) ولو وفق قبلت، وأشار إلى التوفيق بقوله: ولو قال إلخ.

(١٥) كما شهد.

(١٦) قوله: "قبلت" وعلم مما ذكر أن أحوال من يدعى أقل المالين إذا اختلفت الشهادة، لا تخلوا عن ثلاث أحوال، إما أن يكذب الشاهد بالزيادة، أو يسكت عن التصديق والتوفيق، أو يوفق، وجواب الأولين بطلان الشهادة والقضاء دون

لتوفيقه. قال[١]: وإذا شهدا بألف[٢]، وقال أحدهما: قضاه خمسمائة قبلت شهادتهما بالألف لاتفاقهما عليه، ولم يسمع قوله: إنه قضاه خمسمائة، لأنه شهادة فرد، إلا أن يشهد معه آخر. وعن أبي يوسف أنه يقضي بخمسمائة، لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين إلا خمسمائة، وجوابه ما قلنا[٣].

قال[٤]: وينبغي للشاهد[٥] إذا علم بذلك[٦] أن لا يشهد بألف حتى يقر المدعى أنه قبض خمسمائة، كيلا يصير[٧] معينًا على الظلم[٨].

وقال[٩] في "الجامع الصغير"[١٠]: رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم، فشهد أحدهما أنه قد قضاها، فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه[١١]، وتفرد أحدهما بالقضاء على ما بينا[١٢]. وذكر الطحاوي عن أصحابنا أنه لا تقبل[١٣]، وهو قول زفر، لأن المدعي أكذب شاهد القضاء[١٤]، قلنا: هذا أكذب في غير المشهود به الأول[١٥]، وهو[١٦] القرض، ومثله لا يمنع القبول[١٧].

الآخر. (م)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) والدعوى ألف.

(٣) وهو قوله: لاتفاقهما عليه. (ك)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) بقضاء خمس مائة.

(٦) أي بقضاء خمس مائة.

(٧) الشاهد.

(٨) لعلمه بأن دعواه بغير حق.

(٩) محمد.

(١٠) قوله: "في "الجامع الصغير" إلخ" الفرق بين مسألة الجامع، ومسألة المتن أن في مسألة الجامع شهد أحدهما بقضاء كل الدين، وفي مسألة المتن شهد بقضاء بعض الدين. (عيني)

(١١) القرض.

(١٢) من أن القضاء لا يثبت بتفرد أحد الشاهدين.

(١٣) في القرض أيضًا.

(١٤) وهو تفسيق له فبقي واحد.

(١٥) فالمشهود به للمدعي والقضاء لم يثبت.

(١٦) أي المشهود به الأول.

(١٧) قوله: "ومثله لا يمنع القبول" بيانه أن الشاهدين إذا شهدا لإنسان بمال، ثم شهدا عليه بمال لإنسان آخر فكذبهما المشهود عليه الذي هو مشهود له أولا يقضى بما شهدا له، وإن كان هو يفسقهما فيما شهدا عليه، لأن هذا تفسيق عن اضطرار، والموجب للرد هو التفسيق عن اختيار، وكذلك لو شهد الشاهدان لرجل على رجل بألف درهم

قال[١]: وإذا شهد[٢] شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة، وشهد آخران[٣] أنه قتله يوم النحر بالكوفة، واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين؛ لأن أحدهما كاذبة بيقين[٤]، وليست إحداهما بأولى من الأخرى[٥].

فإن سبقت إحداهما وقضى بها ثم حضرت الآخرى لم تقبل[٦]؛ لأن الأولى قد ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض[٧] بالثانية.

قال[٨]: وإذا شهدا[٩] على رجل أنه سرق بقرة، واختلفا فى لونها[١٠] قطع، وإن قال أحدهما: بقرةً، والآخر: ثوراً لم يقطع. وهذا عند أبى حنيفة، وقالا: لا يقطع فى الوجهين جميعًا[١١]، وقيل: الاختلاف[١٢] فى لونين يتشابهان كالسواد والحمرة[١٣] لا فى السواد والبياض، وقيل[١٤]: هو فى جميع الألوان. لهما: أن السرقة فى السوداء غيرها فى البيضاء[١٥]، فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة، وصار كالغصب[١٦] بل أولى، لأن أمر الحد أهم[١٧]، وصار كالذكورة والأنوثة[١٨].

ومائة دينار، فكذبهما المشهود له فى المائة الدينار تقبل شهادتهما، ثم ههنا كذبه فيما شهدا عليه، وهو القضاء، فلا يقدح فى شهادته له. (كفاية)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) هذا نظير اختلاف الشاهدين في المكان

(٣) قبل القضاء.

(٤) إذا الفعل الواحد أعنى القتل لا يمكن أن يكون فى مكانين.

(٥) لعدم المرجح.

(٦) الأخرى.

(٧) الأولى.

(٨) أى محمد. (عينى)

(٩) هذا نظير اختلاف الشاهدين كيفًا.

(١٠) بأن قال أحدهما: إنها سوداء والآخر: إنها صفراء.

(١١) قوله: "وقالا: لا يقطع فى الوجهين إلخ" هذا الخلاف فيما إذا كان المدعى يدعى سرقة بقرة فقط، أما إذا ادعى سرقة بقرة بيضاء أو سوداء لا يقبل شهادتها بالإجماع لأنه كذب أحد الشاهدين. (كفاية)

(١٢) بين الإمام وصاحبيه.

(١٣) فإن الحمرة الشديدة تضرب إلى السوداء.

(١٤) وهو الأصح. (عناية)

(١٥) فلا تقبل.

(١٦) يعنى شهد الغصب بقرة واختلفا فى لونها فلم تقبل.

(١٧) قوله: "لأن أمر الحد أهم" أى الحد أعسر إثباتًا من الغصب، لأن الغصب يثبت بشهادة النساء مع الرجال، وبالشهادة على الشهادة، ولا كذلك الحد، فلما لم يثبت الغصب بهذه الشهادة فأولى أن لا يثبت الحد. (ك)

وله: أن التوفيق ممكن[1] لأن التحمل فى الليالى من بعيد[2]، واللونان يتشابهان[3] أو يجتمعان فى واحد[4]، فيكون السواد من جانب، وهذا يبصره، والبياض من جانب آخر، وهذا يشاهده[5]، بخلاف[6] الغصب لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه، والذكورة والأنوثة لا يجتمعان فى واحدة، وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه، فلا يشتبه[7].

قال[8]: ومن شهد لرجل أنه اشترى عبدًا[9] من فلان بألف، وشهد آخر أنه اشترى بألف وخمس مائة، فالشهادة باطلة؛ لأن المقصود إثبات السبب[10] وهو العقد[11]، ويختلف باختلاف الثمن[12]، فاختلف المشهود به، ولم يتم العدد على

---

(١٨) كما إذا شهد أحدهما بأنه بقرة والآخر قال: إنه ثور فلم تقبل.

(١) قوله: "أن التوفيق إلخ" فإن قيل: هذا احتيال وطلب توفيق لإثبات الحد، وهو القطع والحد يحتال لدرءه لا لإثباته، قلنا: إن القطع لا يضاف إلى إثبات الوصف لأنهما لم يكلفا نقله، فصار كما إذا اختلفا فى ثياب السارق، وهذا لأنها يكلفان بيان القيمة ليعلم أنه هل كان نصابا، فأما اللون فلا.

وإذا لم يكن القطع مضافًا إلى بيان الوصف صار هذا بمنزلة الحقوق التى تثبت مع الشبهات، فيصح الإخبار به للإثبات إحياء للحقوق بقدر الإمكان والتوفيق ممكن، وبهذا تبين أن الاختلاف فيما ليس من صلب الشهادة إذا كان على وجه يمكن التوفيق لا يمنع قبول الشهادة فإن قيل: لو كانت البقرة على هذين اللونين يسمي بلقاء لا سوداء، ولا بيضاء، قلنا: نعم، ولكن فى حق من يعرف اللونين، أما فى حق من لا يعرف إلا أحدهما فهو عنده على ذلك اللون. (ك)

(٢) إذ أكثر السرقات يكون فى الليالى، وتحمل الشهادة يكون من بعيد.

(٣) كالحمرة والسواد.

(٤) وإن لم يتشابها.

(٥) .وكل واحد يشهد بما رآه.

(٦) جواب عن مسألة الغصب.

(٧) قوله: "فلا يشتبه" أى الوقوف على صفة الذكورة والأنوثة لا يكون إلا بعد القرب منها، وعند ذلك لا يشتبه، فلا حاجة إلى التوفيق. (ك)

(٨) أى محمد. (عينى)

(٩) قوله: "شترى عبداً" والمدعى يدعى أنه اشترى هذا العبد بألف وخمس مائة من فلان، وأنكر البائع ذلك.

(١٠) قوله: "لأن المقصود [من دعوى البيع قبل التسليم. عناية] إلخ" فإن قيل: لا نسلم أن المقصود إثبات العقد بل المقصود هو الحكم، وهو الملك والسبب وسيلة، أجيب بأن دعوى السبب المعين دليل على أن ثبوته هو المقصود ليترتب الحكم، إذ لو كان مقصوده ثبوت الملك لا دعاه، وهو لا يحتاج إلى سبب معين، فإن الشهادة على الملك المطلق صحيحة، فكأن مقصوده السبب. فإن قيل: التوفيق ممكن لجواز أن يكون الثمن أولا ألفا فزاد فى الثمن، وعرف به أحدهما دون الآخر، أجيب بأن السيد أبا القاسم ذهب إلى ذلك، ووجه ما فى الكتاب أن الشراء بألف وخمس مائة إنما يكون إذا كان الألف وخمس مائة ملتصقين بالشراء، وأما إذا اشترى بألف ثم زاد خمس مائة فلا يقال: اشترى بألف وخمس مائة، ولهذا يأخذ الشفيع بأول الثمن. (ع)

(١١) الشراء.

(١٢) إذ الشراء بألف غيره بألف وخمس مائة. (ع)

كل واحد، ولأن المدعى يكذب أحد شاهديه، وكذلك[١] إذا كان المدعى هو البائع، ولا فرق بين أن يدعي المدعى أقل المالين أوّ أكثرهما لما بينا[٢].

وكذلك[٣] الكتابة؛ لأن المقصود هو العقد[٤] إن كان المدعى[٥] هو العبد فظاهر[٦]، وكذا[٧] إذا كان هو المولى، لأن العتق لا يثبت[٨] قبل الأداء[٩]، فكان المقصود[١٠] إثبات السبب[١١]، وكذا الخلع والإعتاق على مال، والصلح عن دم العمد إذا كان المدعى هو المرأة والعبد والقاتل، لأن المقصود[١٢] إثبات العقد، والحاجة ماسة إليه[١٣]، وإن كانت الدعوى من جانب آخر[١٤] فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه[١٥]، لأنه يثبت العفو، والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق[١٦]، فبقى الدعوى فى الدين[١٧].

---

(١) أى الشهادة باطلة.

(٢) من أن المقصود إثبات السبب. (ك)

(٣) أى كالبيع لأن عقد الكتابة يختلف باختلاف البدل كالبيع.

(٤) لا المال.

(٥) أى عقد الكتابة.

(٦) قوله: "فظاهر" أى فظاهر أن العقد مقصوده، فلا تقبل الشهادة إذا اختلف الشاهدان فى بدل الكتابة. (مل)

(٧) أى لا تقبل الشهادة.

(٨) قوله: "لأن العتق إلخ" معناه أن مقصود المولى العتق، والعتق لا يثبت قبل الأداء، والأداء لا يتحقق بدون الكتابة، فكانت هى المقصودة. (ع)

(٩) أى أداء بدل الكتابة.

(١٠) قوله: "فكان المقصود إلخ" وفيه بحث، لأن المولى إذا ادعى الكتابة، والعبد منكر فالشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ، أجيب بأن قوله: فالشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ ليس بصحيح لجواز أن لا يختار الفسخ، ويخاصم لأدنى البدلين. (ع)

(١١) العقد.

(١٢) أى مقصود المرأة والعبد والقاتل.

(١٣) وثبوت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه.

(١٤) قوله: "من جانب آخر" هو المولى والزوج وولى القصاص، بأن قال المولى: أعتقتك على ألف وخمس مائة، والعبد يدعى الألف، وقال الزوج: خالعتك على ألف وخمس مائة، والمرأة تدعى الألف، وقال ولى القصاص: صالحتك على ألف وخمس مائة، والقاتل يدعى الألف. (عينى)

(١٥) قوله: "فيما ذكرنا من الوجوه [خلافًا ووفاقًا. ك]" من أنه تقبل على الألف إذا ادعى ألفًا وخمس مائة بالاتفاق، وإذا ادعى ألفين لا تقبل عند الإمام الأعظم خلافًا لهما، وإن ادعى أقل المالين يعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت. (عينى)

(١٦) هو المولى والزوج وولى القصاص.

(١٧) هو البدل.

وفي الرهن إن كان المدعى هو الراهن [١] لا يقبل [٢]، لأنه [٣] لا حظ له [٤] في الرهن، فعريت الشهادة عن الدعوى، وإن كان [٥] هو المرتهن فهو [٦] بمنزلة دعوى الدين [٧]، وفي الإجارة [٨] إن كان ذلك [٩] في أول المدة [١٠] فهو نظير البيع [١١]، وإن كان بعد مضي المدة [١٢]، والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين [١٣].

قال [١٤]: فأما النكاح [١٥] فإنه يجوز بألف استحسانًا، وقالا: هذا باطل في النكاح أيضًا [١٦]، وذكر في الأمالي [١٧] قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة، ولهما أن

---

(١) قوله: "إن كان المدعى هو الراهن" وشهد أحد الشاهدين بالألف، والآخر بألف وخمس مائة. (مل)

(٢) لعدم الدعوى.

(٣) قوله: "لأنه لا حظ له" فإن الحق في الرهن للمرتهن دون الراهن بدليل أن للمرتهن أن يرد الرهن متى شاء والراهن ليس له ولاية استرداد الرهن متى شاء، ولا معتبر لمنفعة سقوط الدين عن الراهن، لأنه موهوم عسى لا يثبت، ومنفعة الحبس للمرتهن قائم متحقق، فلا يفيد بينة الراهن على إثبات حق الغير. (ك)

(٤) أي قبل قضاء الدين.

(٥) المدعى.

(٦) قوله: "فهو بمنزلة إلخ" لأن الرهن لا يكون إلا بعد تقدم الدين، فتقبل البينة في حق ثبوت الدين كما في سائر الديون، ويثبت الرهن بالألف ضمنًا وتبعًا للدين. (ك)

(٧) يقضى بأقل المالين إجماعًا. (ع)

(٨) إذا اختلف الشاهدان.

(٩) الدعوى.

(١٠) قبل استيفاء المنفعة.

(١١) قوله: "فهو نظير البيع" يعني لا تقبل الشهادة كما في البيع، لأن المقصود إثبات العقد، وقد اختلف باختلاف البدل. (عيني)

(١٢) أي بعد استيفاء المنفعة.

(١٣) قوله: "فهو دعوى الدين" يقضى بأقل المالين إذا ادعى الأكثر، لأن المدة إذا انقضت كانت المنازعة في الأجر، فصار كمن ادعى على آخر ألفًا وخمس مائة، وشهد أحدهما بألف، والآخر بألف وخمس مائة جازت على الألف، وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عند أبي حنيفة كما تقدم خلافًا لهما، وإن ادعى المستأجر.

قال في "النهاية": كان ذلك اعترافًا منه بمال الإجارة، فيجب عليه ما اعترف به ولا حاجة إلى اتفاق الشاهدين واختلافهما، وهذا لأنه إن أقر بالأكثر لم يبق نزاع، وإن أقر بالأقل، فالآخر لا يأخذ منه سوى ذلك. (ع)

(١٤) أي أبو حنيفة. (عيني)

(١٥) قوله: "فأما النكاح إلخ" يعني إذا اختلف الشهود في النكاح فقال أحدهما: بألف والآخر بألف وخمس مائة. (عيني)

(١٦) أي كما هو باطل في البيع فلا تقبل الشهادة، ولا يقضى بالنكاح.

(١٧) قوله: "الأمالي" هو جمع الإملاء، وهو أن يقعد عالم، وحوله تلامذته بالمحابر والقراطيس، فيتكلم العالم بما فتح الله سبحانه عليه من العلم، ويكتبه التلامذة، فتصير كتابا، ويسمونه الإملاء والأمالي، وكذلك كان السلف من الفقهاء والمحدثين وأهل العربية وغيرها في علومهم، فاندرست لذهاب العلم والعلماء، وأمالي الإمام أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري الحنفي المتوفى سنة ثلاث ثمانين ومائة، وهي في الفقه، يقال: أكثر من ثلاث مائة مجلد. (كشف الظنون)

هذا اختلاف فى العقد[١]، لأن المقصود من الجانبين السبب، فأشبه البيع[٢].

ولأبى حنيفة أن المال فى النكاح تابع[٣]، والأصل فيه الحل[٤]، والازدواج، والملك[٥]، ولا اختلاف فيما هو الأصل فيثبت[٦]، ثم إذا وقع الاختلاف فى التبع[٧] يقضى بالأقل لاتفاقهما[٨] عليه، ويستوى دعوى أقل المالين أو[٩] أكثرهما فى الصحيح[١٠]، ثم قيل: الاختلاف[١١] فيما إذا كانت المرأة هى المدعية، وفيما إذا كان الدعى هو الزوج إجماع على أنه لا تقبل[١٢]، لأن مقصودها قد يكون المال، ومقصوده ليس إلا العقد[١٣]، وقيل: الخلاف فى الفصلين[١٤]، وهذا أصح[١٥]، والوجه ما ذكرناه[١٦].

---

(١) والاختلاف فى العقد يمنع قبول الشهادة، لأن النكاح بألف غير النكاح بألف وخمس مائة.

(٢) العقد.

(٣) قوله: "أن المال فى النكاح تابع" ولهذا يصح النكاح بلا تسمية المهر، والاختلاف فى التابع لا يوجب الاختلاف فى الأصل، فكان ثابتا. (ع)

(٤) قوله: "والأصل فيه إلخ" هذا دليل آخر، وتقريره أن الأصل في النكاح الحل، والازدواج، والملك، لأن شرعيته لذلك، ولزوم المهر لصون المحل الخطر عن الابتذال بالتسليط عليه مجانًا، كما عرف فى موضعه، ولا اختلاف للشاهدين فيها، فيثبت الأصل. واعترض عليه بأن فيه تكذيب أحد الشاهدين، والجواب أن المال إذا لم يكن مقصودًا كالدين فالاختلاف فيه بطريق العطف لا يمنع القبول بالاتفاق، والتشكيك فيه مسموع. (ع)

(٥) أى ملك البضعة.

(٦) الأصل.

(٧) وهو المال. (ع)

(٨) الشاهدين.

(٩) الصواب كلمة الواو بدلالة يستوى. (ع)

(١٠) قوله: "فى الصحيح" احتراز عما قال بعضهم: إنه لما كان كالدين وجب أن يكون الدعوى بأكثر المالين كما فى الدين، وإليه ذهب شمس الأئمة، ووجه ما فى الكتاب أن المنظور إليه العقد، وهو لا يختلف باختلاف البدل لكونه غير مقصود يثبت فى ضمن العقد، فلا يراعى فيه ما هو شرط فى المقصود، أعنى الدين. (ع)

(١١) بين الإمام وصاحبيه.

(١٢) الشهادة.

(١٣) والاختلاف فى العقد يمنع القبول.

(١٤) قوله: "فى الفصلين" يعنى ما إذا كانت المرأة تدعى، وما إذا كان الزوج يدعى. (ع)

(١٥) قوله: "وهذا أصح" لأن الكلام ليس فى أن الزوج يدعى العقد أو المال، أو المرأة تدعى ذلك، وإنما الكلام فى أن الاختلاف فى الشهادة على مقدار المهر، هل يوجب الاختلاف فى نفس العقد أم لا؟ قال أبو حنيفة: لا يوجب ذلك، وقالا: يوجبه، وقد ذكر المصنف دليلها، وإليه أشار بقوله: والوجه ما ذكرنا. (ع)

(١٦) قوله: "والوجه ما ذكرناه" وهو ما ذكر من الدليل فى الطرفين من قوله: لهما أن هذا اختلاف فى العقد إلى أن قال: ولأبى حنيفة أن المال فى النكاح تابع، والأصل فيه الحل، فهذا الدليل لا يفرق بين أن يكون المدعى الزوج أو المرأة. (ك)

فصل في الشهادة على الإرث[١]

قال[٢]: ومن أقام بينة على دار أنها كانت لأبيه أعارها، أو أودعها الذي هي[٣] في يده فإنه[٤] يأخذها[٥]، ولا يكلف البينة[٦] أنه مات، وتركها ميراثًا له، وأصله[٧] أنه متى ثبت الملك للمورث لا يقضى به[٨] للوارث حتى يشهد الشهود أنه مات[٩] وتركها ميراثًا له[١٠] عند أبي حنيفة ومحمد خلافًا لأبي يوسف، هو يقول: إن ملك الوارث ملك المورث[١١]، فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث[١٢]. وهما يقولان: إن ملك الوارث متجدد في حق العين[١٣] حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة، ويحل للوارث[١٤] الغني ما كان صدقة على المورث الفقير، فلا بد[١٥] من النقل[١٦]. إلا أنه يكتفي بالشهادة[١٧] على قيام ملك المورث

---

(١) قوله: "فصل" لما فرغ عن بيان أحكام شهادة تتعلق بالأحياء شرع في هذا الفصل في بيان أحكام شهادة تتعلق بالأموات، إذ الموت بعد الحياة وجودا، فكذا حكمه. (ن)

(٢) أي محمد. (عيني)

(٣) الدار.

(٤) المدعي.

(٥) الدار.

(٦) قوله: "ولا يكلف إلخ" هذا بالإجماع، أما عند أبي يوسف فظاهر، لأنه لا يشترط الجر والانتقال لقبول البينة، لأنه لما ثبت بهذه الشهادة كون الدار ملكا للمورث يوم الموت ثبت الملك للوارث ضرورة لأنه يخلفه في أملاكه، فصار الشهادة بأنها كانت ملكا للمورث بمنزلة الشهادة للحي بأنها كانت له، وبمنزلة الشهادة للمشتري أنها ما كانت لبائعه.
وكذا على قولهما، لأنهما وإن كانا يشترطان الجر والانتقال إلى الوارث في الشهادة لم يشترطا ذلك ههنا، لأن المدعي أثبت لمورثه يدا في المدعى عليه عند الموت بما أقام من البينة، لأن يد المستعير والمودع يد المعير والمودع، فصار كأنه أقام البينة أن أباه مات، والدار في يديه، ولو كان كذلك كانت البينة مقبولةً، فكذا ههنا. (ك)

(٧) أي أصل حكم الشهادة على الإرث.

(٨) أي بذلك الملك.

(٩) المورث.

(١٠) الوارث.

(١١) لأن الوراثة خلافة، ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب. (ع)

(١٢) أي بالملك.

(١٣) أي في حق أحكام ترجع إلى العين. (ك)

(١٤) أي لو لا تجدد الملك لما حل له ذلك. (ك)

(١٥) قوله: "فلا بد" لأن المتجدد محتاج إلى النقل لئلا يكون استصحاب المال مثبتًا. (عناية)

(١٦) بأن يشهدوا أنه مات وتركها ميراثًا له، أو أنه مات وهو ملكه. (ك)

(١٧) استثناء من قوله: لا بد من النقل.

وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة، وكذا على قيام يده[١] على ما نذكره[٢] إن شاء الله تعالى، وقد وجدت الشهادة على اليد[٣] فى مسألة الكتاب[٤]، لأن يد المستعير والمودع، والمستأجر قائمة مقام يده[٥]، فأغنى ذلك عن[٦] الجر والنقل.

وإن شهدوا أنها[٧] كانت فى يد فلان مات، وهى فى يديه جازت الشهادة، لأن الأيدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان، والأمانة تصير مضمونة بالتجهيل[٨]، فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت.

وإن[٩] قالوا[١٠] لرجل حى[١١]: نشهد أنها[١٢] كانت فى يد المدعى[١٣] منذ أشهر لم تقبل[١٤]. وعن أبى يوسف أنها تقبل، لأن اليد مقصودة كالملك[١٥]، ولو شهدوا أنها[١٦] كانت ملكه تقبل، فكذا هذا، وصار كما إذا شهدوا بالأخذ من المدعى[١٧].

---

(١) قوله: "وكذا على قيام يده" أى يكتفى بالشهادة على قيام يد المورث عند الموت على المملوك لأن الظاهر من حال من حضره الموت أن يسوى أسبابه ويعطى ما كان عنده من الودائع، والغصوب، فإذا لم يبين فالظاهر أن ما فى يده ملكه.(ب)

(٢) قوله: "على ما نذكره" إشارة إلى ما ذكره بقوله: لأن الأيدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان وذلك لأن اليد عند الموت لا تخلو من أن تكون يد ملك، أو يد غصب، أو أمانة، فإن كانت يد ملك فظاهر، وكذا إن كانت يد غصب، لأنها تصير يد ملك لأن بالموت يتقرر عليه الضمان، ويصير المضمون ملكًا له، وإن كانت يد أمانة فتصير يد غصب بالتجهيل، فصارت يد ملك أيضًا، فصارت الشهادة بيد مطلقة عند الموت، وشهادة بالملك عند الموت، والملك الثابت عند الموت ينتقل إلى الوارث ضرورة. (ك)

(٣) أى يد المورث.

(٤) المذكورة.

(٥) أى يد أب المدعى.

(٦) أى عن الشهادة بالجر والنقل.

(٧) الدار.

(٨) بأن يموت ولم يبين أنها وديعة فلان. (ع)

(٩) ذكر هذه المسألة استطرادا، وهى ليست من باب الميراث.

(١٠) قوله: "وإن قالوا إلخ" يعنى إذا كانت الدار فى يد رجل فادعاها رجل آخر، وليست الدار فى يده أنها له، وشهد الشهود على هذا الطريق. (ك)

(١١) قوله: "حى" قيد به لأنهم لو شهدوا للميت بأنها كانت فى يده وقت الموت تقبل الشهادة بالإجماع، ويكون الدار لوارثه، وقد ذكرناه. (ك)

(١٢) الدار.

(١٣) قوله: "أنها كانت فى يد المدعى" قيد به لأنهم لو شهدوا أنها كانت له لم تقبل بالاتفاق، وأما قوله: منذ أشهر ليس بقيد، فإنه ذكر الإمام التمر تاشى شهدوا لحى أن العين كان فى يده لم تقبل. (كفاية)

(١٤) هذه الشهادة.

(١٥) إذا ثبت الملك يبقى إلى أن يوجد المزيل، فكذا فى اليد.

(١٦) الدار.

وجه الظاهر وهو قولهما: أن الشهادة قامت بمجهول[١]، لأن اليد منقضية[٢]، وهى متنوعة[٣] إلى ملك وأمانة وضمان[٤]، فتعذر القضاء بإعادة المجهول، بخلاف الملك[٥] لأنه معلوم غير مختلف[٦]، وبخلاف الأخذ لأنه معلوم[٧]، وحكمه[٨] معلوم وهو وجوب الرد، ولأن يد ذى اليد معاين، ويد المدعى مشهود به، وليس الخبر كالمعاينة. وإن أقر بذلك[٩] المدعي عليه دفعت إلى المدعي؛ لأن الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الإقرار، وإن شهد شاهدان أنه أقر أنها[١٠] كانت فى يد المدعى دفعت إليه[١١]؛ لأن المشهود به ههنا الإقرار وهو معلوم[١٢].

باب الشهادة على الشهادة[١٣]

قال[١٤]: الشهادة على الشهادة جائزة فى كل حق[١٥] لا يسقط بالشبهة، وهذا استحسان[١٦] لشدة الحاجة إليها إذا شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض

---

(١٧) قوله: "كما إذا شهدوا بالأخذ إلخ" يعنى لو شهدوا أنها كانت فى يد المدعى، وأخذها المدعى عليه الذى هو صاحب اليد تقبل الشهادة، وترد الدار إلى المدعى. (عينى)

(١) والقضاء بالمجهول متعذر. (ع)

(٢) قوله: "لأن اليد [أى يد المدعى] منقضية [أى زائلة فى الحال، وليست بقائمة حتى تحمل على الملك باعتبار الظاهر]" تزول بأسباب الزوال، فربما زالت بعد ما كانت وكل ما كان كذلك، فهو مجهول، والقضاء بالمجهول متعذر. (ع)

(٣) قوله: "وهى [أى اليد] متنوعة إلخ" دليل آخر، أى اليد يد ملك وأمانة وضمان، وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضا بإعادة المجهول معتذر. (ع)

(٤) بالغصب.

(٥) جواب عن قياس أبى يوسف.

(٦) وإن كان أسباب حدوثه شتى.

(٧) .بالشهادة.

(٨) الأخذ.

(٩) يعنى قال المدعى عليه: إن هذه الدار كانت فى يد المدعى. (ع)

(١٠) الدار.

(١١) المدعى.

(١٢) قوله: "وهو معلوم" وإنما الجهالة فى المقر به، وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على إقرار المدعى عليه أن له عليه شيئًا جازت الشهادة، ويؤمر بالبيان، كذا فى "الجامع الصغير" لقاضى خان. (ك)

(١٣) قوله: "باب الشهادة إلخ" لما فرغ عن بيان أحكام الأصول شرع فى بيان أحكام شهادة الفروع، وذكر على هذا الترتيب لأن الفرع مستدع تقديم الأصل. (ن)

(١٤) أى القدورى. (عينى)

(١٥) أراد به غير الحدود والقصاص.

(١٦) قوله: "وهذا [أى جواز الشهادة على الشهادة] استحسان" والقياس أن لا تجوز، لأن الشهادة عبادة بدنية

العوارض[١]، فلو لم يجز الشهادة على الشهادة أدى إلى إتواء[٢] الحقوق، ولهذا[٣] جوزنا الشهادة على الشهادة[٤] وإن[٥] كثرت[٦]، إلا[٧] أن فيها شبهة من حيث البدلية[٨]، أو من حيث إن فيها زيادة احتمال[٩]، وقد أمكن الاحتراز عنه[١٠] بجنس الشهود، فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص[١١].

ويجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين[١٢]، وقال الشافعي: لا يجوز إلا الأربع على كل أصل اثنان، لأن كل شاهدين[١٣] قائمان مقام شاهد[١٤] واحد[١٥]،

لزمت شاهد الأصل، وليست بحق المشهود له بدليل أنه لا يجوز الخصومة فيها والإجبار عليها، والنيابة لا تجرى فى العبادة البدنية، أو لأنه يتمكن زيادة الشبهة فيها إذ الأخبار إذا تناسخها الألسن يتمكن فيها زيادة ونقصان إلا أنهم تركوا القياس إحياء للحقوق. (ك)

(١) كالسفر والغيبة والموت.

(٢) إهلاك.

(٣) أى لشدة الحاجة إليها. (ك)

(٤) أى جوزنا الشهادة على شهادة الفروع ثم وثم. (ك)

(٥) الواو وصلية.

(٦) أى بعدت.

(٧) لكن.

(٨) قوله: "من حيث البدلية" لأن البدل ما لا يصار إليه إلا عند العجز، وهذه الشهادة كذلك، فإنه لا يصار إليها إلا عند العجز عن شهادة سائر الأصول، وإن لم يشترط العجز عن شهادة سائر الأصول.

واعترض عليه بأن لو كان فيها معنى البدلية لما جاز الجمع بينها لعدم جوازه بين البدل والمبدل لكن لو شهد أحد الشاهدين وهو أصل، وآخران على الشهادة بشهادة شاهد آخر جاز.

وأجيب بأن بدليته إنما هى فى المشهود به، بشهادة الفروع وهو شهادة الأصول، والمشهود به بشهادة الأصول هو ما عاينوه مما يدعيه المدعى، وإذا كان كذلك لم يكن شهادة الفروع بدلا عن شهادة الأصول، فلا يمنع إتمام الأصول بالفروع، وإذا ثبت البدلية فيها لا تقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال. (مل)

(٩) قوله: "زيادة احتمال" لأن الشبهة فى عامة الشهادات تثبت فى المشهود به أحق هو أم لا؟ وههنا ثبتت شبهة زائدة فى نفس الشهادة بل أنها وجدت من الأصول أم لا؟ (ك)

(١٠) بأن يكثر الأصول، فإذا ظهر لبعضهم عذر يبقى بعضهم. (ك)

(١١) قوله: "فلا تقبل إلخ" فإن قيل: ذكر فى "المبسوط" أن الشاهدين إذا شهدا على شهادة شاهدين أن قاضى بلدة كذا ضرب فلانًا حدًا فى قذف فهو جائز.

قلنا: لأن المشهود به فعل القاضى لا نفس الحد، وفعل القاضى مما يثبت بالشبهات، وأما الذى لا يثبت بالشبهات الأسباب الموجبة للعقوبة، وإقامة القاضى حد القذف ليست بسبب موجب للعقوبة. (ك)

(١٢) قوله: "ويجوز إلخ" أى يجوز أن يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الأصلين، وقال الشافعي: لا تجوز إلا أن يشهد على شهادة كل واحد منهما شاهدان غير الذى شهدا على شهادة الآخر، فلذلك يصيرون أربعًا. (ع)

(١٣) أى فرعين.

(١٤) أى أصل.

فصار كالمرأتين[١]. ولنا قول على رضى الله عنه[٢]: "لا يجوز على شهادة رجل[٣] إلا شهادة رجلين[٤]"*، ولأن نقل شهادة الأصل من الحقوق[٥]، فهما[٦] شهدا بحق، ثم شهدا بحق آخر[٧]، فتقبل[٨]، ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا[٩]، وهو حجة[١٠] على مالك، ولأنه[١١] حق من الحقوق[١٢]، فلا بد من نصاب الشهادة. وصفة[١٣] الإشهاد أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع: اشهد على شهادتى أنى أشهد أن فلان ابن فلان أقر عندى بكذا، أو أشهدنى على نفسه؛ لأن الفرع كالنائب عنه[١٤]، فلا بد[١٥] من التحميل[١٦] والتوكيل على ما مر[١٧]، ولا بد أن

---

(١٥) فلا يتم حجة القضاء بهما.

(١) قوله: "فصار كالمرأتين" فإنهما لما قامتا مقام رجل واحد لم يتم حجة القضاء بشهادتهما. (عينى)

(٢) قوله: "ولنا قول على رضى الله عنه إلخ" قلت: غريب، وروى عبد الرزاق فى "مصنفه" عن على قال: لا يجوز على شهادة الميت إلا رجلان. (ت)

(٣) قوله: "لا يجوز إلخ" وجه الاستدلال بذلك أن عليًا رضى الله عنه جوز شهادة رجلين على شهادة رجل، ولم يشترط أن يكون بإزاء كل أصل فرعان على حدة، فدل إطلاقه على جواز شهادة الفرعين جميعًا على شهادة الأصلين، ولم يرد عن غيره خلافه. (عينى)

(٤) فإنه بإطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين غير مقيد بأن يكون بإزاء كل أصل فرعان. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٨٧، وانظر الدراية ج٢ تحت الحديث ٨٣٥ ص١٧٣. (نعيم)

(٥) قوله: "من الحقوق" أى من حقوق الناس، لأنه يجب على كل واحد من الأصلين أن يؤدى ما عليه إذا طالبه المدعى. (ك)

(٦) الفرعان.

(٧) غير الأول.

(٨) قوله: "فتقبل [لكمال نصاب الشهادة]" بخلاف شهادة المرأتين، فإن النصاب لم يوجد لأنهما بمنزلة رجل واحد. (ع)

(٩) من قول على رضى الله عنه.

(١٠) قوله: "وهو حجة على مالك" قال: الفرع قائم مقام الأصل يعبر عنه بمنزلة رسوله فى إيصال شهادته إلى مجلس القاضى، فكأنه حضر وشهد بنفسه، واعتبر هذا برواية الأخبار، فإن رواية الواحد من الواحد مقبولة. (ع)

(١١) نقل الشهادة.

(١٢) بخلاف رواية الأخبار. (ع)

(١٣) قوله: "وصفة" لما فرغ من بيان وجه مشروعيتها وكمية الشهود الفروع شرع فى بيان كيفية الإشهاد، وأداء الفروع. (عناية)

(١٤) قوله: "كالنائب عنه [أصل]" إنما قال: كالنائب عنه لأن الفرع ليس بنائب عن الأصل فى شهادته بل فى المشهود به. (عناية)

(١٥) قوله: "فلا بد إلخ" لأن الشهادة على الشهادة إنما تصير حجة بنقل شهادة الأصل إلى مجلس القضاء، فلا بد من التحميل، والفرع وكيل عن الأصل فلا بد من التوكيل. (عينى)

(١٦) قوله: "من التحميل" وهو أن يقول: اشهد على شهادتى، ولا يقول: اشهد على بذلك؛ لأنه يحتمل أن يكون

يشهد[1] كما يشهد[2] عند القاضي لينقله[3] إلى مجلس القضاء[4]، وإن لم يقل[5]: أشهدنى على نفسه جاز، لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة، وإن لم يقل[6] له: اشهد.

ويقول شاهد الفرع عند الأداء[7]: أشهد أن فلانًا أشهدنى على شهادته أن فلانًا أقر عنده بكذا، وقال لى: اشهد على شهادتى بذلك؛ لأنه لا بد من شهادته[8]، وذكره شهادة الأصل، وذكره التحميل[9]، ولها[10] لفظ أطول[11] من هذا، وأقصر[12] منه، وخير الأمور أوسطها[13].

ومن قال: أشهدنى[14] فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته[15] حتى يقول: اشهد على شهادتى؛ لأنه لا بد من التحميل، وهذا ظاهر عند محمد[16]، لأن

على أصل الحق المشهود به، وهو أمر بالكذب، وكذا لا يقول: فاشهد بشهادتى لأنه يحتمل أن يكون مراده: فاشهد بمثل شهادتى، فيكون أمرًا بالشهادة على أصل الحق. (ك)

(١٧) فى فصل ما يتحمله الشاهد.

(١) عند الفرع. (ع)

(٢) أى الأصل.

(٣) أى شاهد الفرع.

(٤) أى ما أشهده الأصل.

(٥) أى الأصل عند التحميل. (ع)

(٦) المقر.

(٧) هذا بيان كيفية أداء الفرع.

(٨) والعبارة المذكورة نفى بذلك كله؛ لأنه يشهد على شهادة الأصل. (ع وك)

(٩) لم يشترط بعض العلماء ذكر التحميل. (ك)

(١٠) أى لشهادة الفرع. (ع)

(١١) قوله: "أطول من هذا" وهو أن يقول الفرع بين يدى القاضي: أشهد أن فلانًا شهد عندى أن لفلان على فلان كذا من المال، وأشهدنى على شهادته، وأمرنى أن أشهد على شهادته، وأنا أشهد على شهادته بذلك الآن. (ك)

(١٢) قوله: "وأقصر" وهو أن يقول الفرع عند القاضي: أشهد على شهادة فلان بكذا. (ك)

(١٣) وهو أسهل وأيسر. (ك)

(١٤) أى المقر على إقراره.

(١٥) أى لا يحل للسامع أن يشهد على شهادته. (ك)

(١٦) قوله: "وهذا ظاهر عند محمد" وذلك لأن الشاهد الفرعى لا علم له بالحق لكنه ينقل شهادة غيره عند محمد بطريق التوكيل حتى لو رجع الأصول دون الفروع وجب الضمان على الأصول فى قول محمد، ولو رجع الأصول والفروع جميعًا يخير المشهود عليه إن شاء ضمن الأصول، وإن شاء ضمن الفروع، فلا يصير الوكيل وكيلا عن الموكل إلا بأمره. وفى "الفوائد الظهيرية": ومعنى قوله: حتى اشتركوا فى الضمان عند الرجوع أن المشهود عليه بالخيار، إن شاء ضمن الأصول، وإن شاء ضمن الفروع، وليس معناه أنه يقضى بالنصف على الأصول، وبالنصف على الفروع، بل هذا

القضاء عنده بشهادة الفروع والأصول جميعًا، حتى اشتركوا فى الضمان عند الرجوع، وكذا عندهما[(١)]، لأنه لا بد من نقل شهادة الأصول[(٢)] لتصير[(٣)] حجة، فيظهر تحميل ما هو حجة. قال[(٤)]: ولا تقبل شهادة شهود الفرع إلا أن يموت شهود الأصل، أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدًا، أو يمرضوا مرضًا لا يستطيعون معه[(٥)] حضور مجلس الحاكم؛ لأن جوازها[(٦)] للحاجة، وإنما تمس[(٧)] عند عجز الأصل، وبهذه الأشياء[(٨)] يتحقق العجز، وإنما اعتبرنا السفر[(٩)] لأن المعجز بعد المسافة، ومدة السفر بعيدة حكمًا[(١٠)] حتى أدير عليها عدة من الأحكام[(١١)]، فكذا سبيل هذا الحكم.

وعن أبى يوسف أنه كان فى مكان لو غدا[(١٢)] لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت فى أهله[(١٣)] صح الإشهاد إحياء لحقوق الناس، قالوا: الأول[(١٤)] أحسن، والثانى[(١٥)] أوفق، وبه أخذ الفقيه أبو الليث[(١٦)].

كالغاصب مع غاصب الغاصب، فالمغصوب منه أن يضمن أيهما شاء. (ك)

(١) قوله: "وكذا عندهما" أى أما عندهما فلأن الحكم وإن كان يضاف إلى الفروع حتى يجب الضمان عليهم دون الأصول عند الرجوع، ولكن تحملهم إنما يصح إذا عاينوا ما هو حجة، والشهادة فى غير مجلس القضاء ليست بحجة، فيجب النقل إلى مجلس القاضى ليصير حجة، ويظهر أن التحمل حصل بما هو حجة، فلما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحمل. (ك)

(٢) قوله: "لأنه لا بد إلخ" لقائل أن يقول: كلام المصنف مضطرب، لأنه جعل المطلوب فى كلامه التحميل، واستدل عليه بقوله: لأنه لا بد من النقل لتصير حجة، وعطف عليه، فيظهر بالنصب، وذلك يقتضى أن يكون التحميل إنما يحصل بعد النقل، والنقل لا يكون إلا بالتحميل. (ع)

(٣) أى شهادة الأصول.

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) أى مع ذلك المرض.

(٦) أى الشهادة على الشهادة.

(٧) الحاجة.

(٨) أى الموت والسفر والمرض.

(٩) أى إنما اعتبرنا مدة السفر فى الغيبة.

(١٠) من الشارع.

(١١) قوله: "عدة من الأحكام" كقصر الصلاة، والفطر، وامتداد المسح إلى ثلاثة أيام، وعدم وجوب التشريق على قول أبى حنيفة، وعدم وجوب الأضحية والجمعة، وحرمة خروج امرأة بلا محرم أو زوج. (ع)

(١٢) أى ذهب بكرة النهار.

(١٣) بعد الرجوع من مجلس القاضى.

(١٤) قوله: "الأول" أى التقدير بثلاثة أيام أحسن لأن العجز شرعًا يتحقق به كما فى سائر الأحكام التى عددناها، فكان موافقا لحكم الشرع، فكان أحسن. (ع)

قال[1]: فإن عدل[2] شهود الأصل شهود الفرع جاز؛ لأنهم من أهل التزكية[3]، وكذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح؛ لما قلنا[4]. غاية الأمر[5] أن فيه[6] منفعة له من حيث القضاء بشهادته[7]، لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه[8] كيف[9]، وأن قوله مقبول في حق نفسه، وإن ردت شهادة صاحبه فلا تهمة[10].

قال[11]: وإن سكتوا[12] عن تعديلهم[13] جاز[14]، وينظر القاضي في حالهم[15]، وهذا عند أبي يوسف. وقال محمد: لا تقبل، لأنه لا شهادة إلا بالعدالة، فإن لم يعرفوها[16] لم ينقلوا الشهادة، فلا تقبل. ولأبي يوسف أن المأخوذ عليهم[17] النقل دون التعديل؛ لأنه[18] قد يخفى عليهم، وإذا انقلوا[19]

---

(١٥) هو ما قال أبو يوسف رحمه الله.

(١٦) قوله: "وبه أخذ الفقيه أبو الليث" وكثير من المشايخ، كذا في الذخيرة، وروى عن محمد أنه إذا كان الأصل في زاوية المسجد، فشهد الفرع على شهادته في زاوية أخرى من ذلك المسجد تقبل شهادته. (ك)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) بأن كان يعرف القاضي الفروع دون الأصول.

(٣) قوله: "لأنهم [لكونهم على صفة الشهادة] من أهل التزكية" فيسأل القاضي الفروع عن الأصول، ولا يقضي قبل السؤال، وشاهد الفرع إذا صلح مزكيًا فلا فرق بين تزكيته وتزكية غيره. (ك)

(٤) أنه من أهل التزكية. (ك)

(٥) قوله: "غاية الأمر إلخ" يقول من قال من المشايخ: لا يصح تعديله لأنه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل، فكان متهما، فأشار إلى رده بقوله: غاية الأمر. (ع)

(٦) أي في تعديله.

(٧) أي من حيث تنفيذ القاضي قوله على ما شهد به.

(٨) قوله: "كما لا يتهم في شهادة نفسه" فإنه يتحمل أن يقال: إنما يشهد فيما شهد ليصير مقبول القول فيما بين الناس عند تنفيذ القاضي قوله على موجب ما شهد وإن لم يكن له شهادة فيه في الواقع. (ع)

(٩) أي كيف يتهم والحال أن إلخ.

(١٠) قوله: "وإن ردت إلخ" حتى إذا انضم إليه غيره من العدول حكم القاضي بشهادتهما، فلا تهمة. (ع)

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) الفروع.

(١٣) الأصول.

(١٤) شهادة الفروع.

(١٥) الأصول.

(١٦) أي عدالة الأصول.

(١٧) الواجب.

يتعرف[1] القاضي العدالة[2] كما إذا حضروا بأنفسهم وشهدوا.

قال[3]: وإن أنكر شهود الأصل الشهادة[4] لم تقبل شهادة شهود الفرع؛ لأن التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين[5]، وهو شرط[6].

وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم، وقالا[7]: أخبرانا أنهما[8] يعرفانها، فجاء[9] بامرأة وقالا[10]: لا ندرى أهى هذه أم لا؟ فإنه يقال للمدعى: هاتِ شاهدين، يشهدان أنها[11] فلانة؛ لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت، والمدعى يدعى الحق على الحاضرة، ولعلها[12] غيرها، فلا بد من تعريفها[13] بتلك النسبة. ونظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة يذكر حدودها، وشهدوا[14] على المشترى لا بد من آخرين يشهدان على أن المحدود بها[15] فى يد المدعى عليه، وكذا إذا أنكر المدعى عليه[16] أن الحدود المذكورة فى الشهادة

---

(١٨) تعديل.

(١٩) شهادة الأصول.

(١) أى يطلب المعرفة أى يسأل المزكين غير الفروع عن أحوالهم.

(٢) فإن القاضي يتعرف حالهم. (عينى)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) قوله: "وإن أنكر إلخ" معنى المسألة أنهم قالوا: ما لنا شهادة على هذه الحادثة، وماتوا، أو غابوا، ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة أما مع حضرتهم فلا يلتفت إلى شهادة الفروع وإن لم ينكروا. (ك)

(٥) خبر الأصول وخبر الفروع.

(٦) لصحة شهادة الفروع.

(٧) الفرعان.

(٨) الأصلان.

(٩) المدعى.

(١٠) الفرعان.

(١١) أى المرأة الحاضرة.

(١٢) الحاضرة.

(١٣) الحاضرة.

(١٤) بعد ما أنكر المشترى أن يكون المحدود بها فى يده. (ع)

(١٥) قوله: "يشهدان على أن إلخ" فائدة كون المحدود بها فى يد المشترى حالة الدعوى تظهر إذا ادعى الشفيع أن فلاناً باع، والمحدود فى يد المشترى ولى استحقاق الشفعة، أما إذا كان المدعى هو البائع يطالب المشترى بالثمن، فلا حاجة إلى كون المحدود فى يد المشترى. (ك)

(١٦) قوله: "وكذا إذا أنكر إلخ" توضيحه ما قال العتابى: إنه إذا ادعى رجل على رجل محدوداً فى يديه، وشهد الشهود أن هذا المحدود المذكور بهذه الحدود ملك هذا المدعى فى يد المدعى عليه بغير حق، فقال المدعى عليه: الذى فى

حدود ما في يديه. قال: وكذلك كتاب القاضي إلى القاضي[١]؛ لأنه في معنى الشهادة على الشهادة، إلا أن القاضيلكمال ديانته ووفور ولايته يتفرد بالنقل[٢].

ولو قالوا في هذين البابين[٣]: التميمية[٤]، لم يجز حتى ينسبوها إلى فخذها[٥]، وهي القبيلة الخاصة، وهذا[٦] لأن التعريف لا بد منه في هذا، ولا يتحصل بالنسبة العامة[٧]، وهي عامة بالنسبة إلى بني تميم[٨]، لأنهم قوم لا يحصون، ويحصل بالنسبة إلى الفخذ، لأنها خاصة. وقيل: الفرغانية[٩] نسبة عامة، والأوزجندية خاصة، وقيل: السمرقندية والبخارية عامة، وقيل[١٠]: إلى السكة الصغيرة خاصة، وإلى المحلة الكبيرة والمصر عامة. ثم التعريف وإن[١١] كان يتم بذكر

يدي غير محدود، وبهذه الحدود التي ذكرها الشهود، فيقال للمدعي: هات شاهدين على أن الذي في يديه محدود بهذه الحدود ليصح القضاء.

(١) قوله: "وكذلك كتاب القاضي إلى القاضي إلخ" يعني كتب في كتابه شهد عدلان عندي أن لفلان بن الفلان الفلاني على فلانة بنت فلان الفلانية كذا، فاقض عليها أنت بذلك، فأحضر المدعي امرأة في مجلس المكتوب إليه، ودفع الكتاب إليه، وأنكرت أنها فلانة، يقول القاضي: هات شاهدين يشهدان أن هذه التي أحضرتها هي الفلانية المذكورة في هذا الكتاب ليمكن الإشارة إليها في القضاء. (عيني)

(٢) قوله: "إلا أن القاضي إلخ" جواب إشكال مقدر، هو أن يقال: إن القاضي الكاتب بمنزلة الشاهد الفرعي، لأنه سمع الشهادة من الشاهدين، ونقل شهادتهما بالكتاب، فصار كأنه حضر مجلس المكتوب إليه، وشهد، وهناك يشترط اثنان فلذلك ينبغي أن يشترط في القاضي الكاتب أن يكون اثنين، فأجاب بقوله: إلا أن إلخ. (عيني)

(٣) أي في الشهادة على الشهادة، وكتاب القاضي إلى القاضي. (ك)

(٤) أي فلانة بنت فلان التميمة. (ك)

(٥) قوله: "إلى فخذها" الفخذ آخر القبائل الست، كذا في "الصحاح"، وفي "الكشاف" قوله تعالى: ﴿وجعلناكم شعوبًا وقبائل لتعارفوا﴾، الشعب الطبقة الأولى من الطبقات الست التي عليها العرب وهي: الشعب والقبيلة والعمارة والبطن، والفخذ والفصيلة، فالشعب يجمع القبائل، والقبيلة تجمع العمائر، والعمارة تجمع البطون، والبطون تجمع الأفخاذ، والفخذ تجمع الفصائل، خزيمة شعب، وكنانة قبيلة، قريش عمارة، وقصي بطن، وهاشم فخذ والعباس فصيلة، وسميت الشعب، لأن القبائل منشعب منها، فعلى هذا لا يكون الفخذ هي القبيلة الخاصة، والمراد بالفخذ في الكتاب القبيلة الخاصة، ففي الديوان الشعب بفتح الشين والعمارة بكسر العين. (ك)

(٦) أي عدم الجواز.

(٧) كالتميمية.

(٨) فكم يكون بينهم نساء اتحدت أساميهن وأسامي آباءهن.

(٩) قوله: "وقيل: الفرغانية" فرغانة نسبة إلى فرغانة، وهي اسم لإقليم ما وراء النهر، وفيها مدن كثيرة، وفيها سكك منها أوزجند. (عيني)

(١٠) قوله: "وقيل إلى إلخ" وحاصل الكلام أن النسبة إلى ما هي خاصة فيها يحصل التعريف بخلاف النسبة إلى ما هي عامة منها حيث لا يحصل التعريف فيها، لأن المحلة الكبيرة والمصر يشمل كل منهما على ناس كثيرين تتخذ أساميهم، وأسامي آباءهم فلا يحصل التعريف بذلك. (عيني)

(١١) الواو وصلية.

الجد عند أبي حنيفة ومحمد خلافًا لأبي يوسف على ظاهر الروايات[(١)]، فذكر الفخذ يقوم مقام الجد، لأنه[(٢)] اسم الجد الأعلى[(٣)]، فنزل منزلة الجد الأدنى[(٤)].

فصل[(٥)]

قال أبو حنيفة: شاهد الزور[(٦)] أشهره[(٧)] في السوق، ولا أعزره[(٨)]، وقالا: نوجعه[(٩)] ضربًا ونحبسه، وهو قول الشافعي.

لهما ما روى عن عمر رضى الله عنه[(١٠)]: "أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطًا[(١١)]، وسخم وجهه[(١٢)]"*، ولأن هذه[(١٣)] كبيرة[(١٤)] يتعدى[(١٥)] ضررها إلى

---

(١) فإنه عنده يتم بذكر الأب، ولا يحتاج إلى ذكر الجد في التعريف. (ك)

(٢) فخذ.

(٣) أي في القبيلة الخاصة. (ك)

(٤) هو أب الأب. (ع)

(٥) قوله: "فصل" ذكر شهادة شاهد الزور في فصل على حدة، لأن لها أحكاما مخصوصة وأخرها، لأن الأصل هو الصدق. (ن)

(٦) قوله: "شاهد الزور أشهره" أن يقر على نفسه بالكذب متعمدًا، فيقول: كذبت فيما شهدت متعمدًا، أو يشهد بقتل رجل، ثم يجيء المشهود بقتله حيًا حتى ثبت كذبه بيقين، ولا طريق لإثبات ذلك بالبينة لأنه نفى لشهادته، والبينة حجة الإثبات دون النفي، فأما إذا قال: غلطت أو أخطأت، أو ردت شهادته لتهمة، أو لمخالفة بين الدعوى والشهادة لا يعزر. (ك)

(٧) قوله: "أشهره [وتشهيره تعزيره. ع]" أقول: هذا صريح في أن التشهير أيضًا نوع من التعزير اتفاقًا غير أن الإمام اكتفى على التشهير في شاهد الزور، وهما ضما معه الوجع والضرب أيضًا، وبه يظهر جواب ما سئلت عنه من أنه هل يجوز للسلطان أن يشهر القاضي المرتشي، وقد سبقنا بتجويزه، ابن نجيم المصري صاحب البحر الرائق في بعض رسائله، وقال فيه: فإن قلت: هل له تسويد الوجه، وحلق جانب من اللحية مع كونه منهيا عنه.

قلت: له ذلك كما روى ابن أبي شيبة بسنده أن عمر رضى الله عنه كتب إلى عماله بالشام في شاهد الزور أن يضرب أربعين سوطًا، ويسخم وجهه، ويحلق رأسه، ويطال حبسه، وروى عبد الرزاق في "مصنفه" أن عمر رض أمر بشاهد الزور أن يلقى عمامته في عنقه، ويطاف به في القبائل.

وقال في "فتح القدير": مجيبًا عن كونه مثلة أن المثلة ليست إلا في الأعضاء ونحوه، ومن المشايخ من أجاب عن فعل عمر بأنه كان سياسة، فإذا رآه الحاكم ذلك كان له أن يفعله، وقد استفيد منه أن السياسة ما يفعله الحاكم لمصلحة العامة من غير ورود الشرع، فإذا رأى القاضي تشهير الراشي على هذا الوجه مع كثرتها في هذا الزمان فإنه يثاب على ذلك، ولو لم يرد فكيف، وله أصل في شاهد الزور، انتهى كلامه. (مولوى عبد الحى دام فيضه)

(٨) يعني لا أضربه. (ع)

(٩) إيجاع: درد ناک ساختن. (من)

(١٠) قوله: "ما روى عن عمر إلخ" قلت رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه" في الحدود عن الوليد ابن أبي ملك أن عمر كتب إلى عماله بالشام في شاهد الزور يضرب أربعين سوطًا، ويسخم وجهه، ويحلق رأسه ويطال حبسه، انتهى. (ت)

(١١) قوله: "أنه إلخ" هذا الحديث يدل على أن أصل الضرب مشروع في تعزيره، وما زاد على ذلك كان محمولا على السياسة، فيثبت ما نفاه أبو حنيفة. (عناية)

العباد، وليس فيها حد مقرر[١]، فيعزروله: أن شريحًا[٢] كان يشهره[٣] ولا يضرب، ولأن الانزجار[٤] يحصل بالتشهير، فيكتفى به، والضرب وإن[٥] كان مبالغة فى الزجر ولكنه يقع مانعًا عن الرجوع[٦]، فوجب التخفيف نظرًا إلى هذا الوجه، وحديث عمر رضى الله عنه[٧] محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين[٨] والتسخيم. ثم تفسير التشهير منقول[٩] عن شريح[١٠] فإنه كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقيًا، وإلى قومه إن كان غير سوقى بعد العصر، أجمع ما كانوا[١١]، ويقولون: إن شريحًا يقرأ عليكم السلام[١٢]، ويقول: إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه، وحذروا الناس منه[١٣]. وذكر شمس الأئمة السرخسى أنه يشهر عندهما أيضًا، والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضى عندهما، وكيفية التعزير ما

---

(١٢) قوله: "سخم وجهه إلخ" أى سوده من السخام وهو سواد القدر، وأما بالحاء المهملة من الاسحم الأسود، فقد جاء، كذا فى "المغرب"، وفى "المغنى": ولا يسخم وجهه يروى هذا اللفظ بالحاء والخاء جميعًا. (ن)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٨٨، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٣٥ ص١٧٣. (نعيم)

(١٣) شهادة الزور.

(١٤) قال الله تعالى: ﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور﴾.

(١٥) بإتلاف أموالهم.

(١) من الشارع.

(٢) قوله: "أن شريحًا إلخ" وذكر العلامة النسفى فى "الكافى": وشريح كان قاضيًا فى زمن الصحابة، ومثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابة، ولم ينكر عليه أحد منهم، فحل محل الإجماع، فكان هذا من أبى حنيفة احتجاجًا بإجماع الصحابة لا تقليد الشريح لأنه لا يرى تقليد التابعى. (ك)

(٣) أى شاهد الزور.

(٤) باز ايستاد.

(٥) الواو وصلية.

(٦) لأنه إذا تصور الضرب يخاف، فلا يرجع، وفيه تضييع الحقوق. (ع)

(٧) جواب عن سند الصاحبين.

(٨) قوله: "بدلالة التبليغ إلى الأربعين إلخ" لأنه لو كان بسبيل التعزير لم يبلغ الأربعين لبلوغه حدًا فى غير حد. (عينى)

(٩) قوله: "منقول إلخ" ولم يذكر المصنف أن هذا الاختلاف فيمن كان تائبًا أو مصرًا، أو مجهول الحال، وقد قيل: إن رجع على سبيل التوبة والندم لا يعزر من غير خلاف، وإن رجع على سبيل الإغراء يعزر بالضرب من غير خلاف، وإن لم يعلم حاله فعلى الاختلاف الذى قلنا. (ع)

(١٠) كذا رواه محمد بن الحسن فى "كتاب الآثار"، كذا قال الزيلعى.

(١١) أى مجتمعين أو إلى موضع يكون أكثر جمعًا للقوم. (عناية)

(١٢) قرأ عليه السلام رسانيد بر وى سلام را. (من)

(١٣) حتى لا يستشهده.

ذكرناه[١] في الحدود.

وفي "الجامع الصغير": شاهدان أقرا أنهما شهدا بزور لم يضربا[٢]، وقالا: يعزران، وفائدته[٣] أن شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم[٤] هو المقر على نفسه بذلك[٥]، فأما لا طريق إلى إثبات ذلك[٦] بالبينة[٧]، لأنه نفي الشهادة والبينات للإثبات[٨]، والله أعلم.

كتاب الرجوع عن الشهادات[٩]

قال[١٠]: وإذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت؛ لأن الحق إنما يثبت بالقضاء، والقاضي لا يقضي بكلام متناقض[١١]، ولا ضمان عليهما، لأنهما ما أتلفا شيئًا[١٢] لا على المدعي، ولا على المدعي عليه[١٣].

فإن حكم[١٤] بشهادتهم، ثم رجعوا لم يفسخ الحكم؛ لأن آخر كلامهم يناقض أوله، فلا ينقض[١٥] الحكم بالتناقض، ولأنه في الدلالة على الصدق مثل الأول[١٦]،

---

(١) قوله: "ما ذكرناه" قال في فصل التعزير: أكثره تسعة وثلاثون، وأقله ثلاث جلدات، وقال أبو يوسف: يبلغ التعزير خمسًا وسبعين سوطًا، وإن رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل.

(٢) عند أبي حنيفة: يضربان.

(٣) قوله: "وفائدته" أي فائدة وضع "الجامع الصغير" أن شاهد الزور إنما يعرف أن شهادته كانت زورًا وكذبًا بإقراره لا غير، ولا يعرف ذلك بالبينة، ولم يذكر الذي شهد بقتل شخص، وظهر حيًا أو بموته وكان حيًا إما لندرته، وإما لأنه لا محيص له أن يقول: كذبت، أو ظننت ذلك، أو سمعت ذلك فشهدت، وهما بمعنى كذبت لإقراره بالشهادة بغير علم، فجعل كأنه قال ذلك. (مل)

(٤) من التشهير والحبس.

(٥) الزور.

(٦) الزور.

(٧) فلا يسمع.

(٨) أي إثبات الأحكام.

(٩) قوله: "كتاب الرجوع عن الشهادات" تناسب هذا الكتاب لكتاب الشهادات وتأخره عن فصل شهادة الزور ظاهر إذ الرجوع عنها يقتضي سبق وجودها، وهو مما يعلم به كونها زورًا، وهو أمر مرغوب فيه ديانة، لأن فيه خلاصًا عن عقاب الكبيرة. (عناية)

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) من الشاهد.

(١٢) قوله: "لأنهما [الشاهدين] ما أتلفا شيئًا" أما على المدعي عليه فظاهر، وأما على المدعي فلأن الشهادة إن كانت حقًا في الواقع، ورجعا عنها صاروا كاتمين للشهادة، ولا ضمان على من يكتمها. (ع)

(١٣) وفي نسخة: المشهود عليه.

(١٤) القاضي.

وقد ترجح الأول باتصال القضاء به[١]، وعليهم ضمان[٢] ما أتلفوه بشهادتهم لإقرارهم على أنفسهم بسبب[٣] الضمان، والتناقض[٤] لا يمنع صحة الإقرار، وسنقرره من بعد.

ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم[٥]؛ لأنه فسخ للشهادة[٦]، فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس، وهو مجلس القاضي أيّ قاضي كان، ولأن الرجوع[٧] توبة[٨]، والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر، والإعلان بالإعلان[٩]. وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي، فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما، وأراد[١٠] يمينهما لا يحلفان، وكذا لا تقبل بينته عليهما، لأنه ادعى[١١] رجوعًا باطلا[١٢]، حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا، وضمّنه[١٣] المال تقبل[١٤] لأن السبب صحيح[١٥].

---

(١٥) قوله: "فلا ينقض الحكم بالتناقض" لئلا يؤدي إلى التسلسل، وذلك لأنه لو كان معتبراً لجاز أن يرجع عن رجوعه مرة بعد أخرى، وليس لبعض على غيره ترجيح، فيتسلسل الحكم، ونسخه وذلك خارج عن موضوعات الشرع. (ع)

(١٦) فتساويا وقد إلخ.

(١) فلا ينقض.

(٢) قوله: "وعليهم [الشهود] ضمان إلخ" فقضاء القاضي وإن كان علة للتلف لكنه كالملجأ من جانبهم وكان السبب منهم تعديًا، فيضاف الحكم إليهم كما في حفر البئر في قارعة الطريق. (ع)

(٣) الرجوع.

(٤) جواب عما يقال كلامهم يتناقض وذلك ساقط العبرة فليس عليهم الضمان. (ع)

(٥) سواء كان هو الحاكم الأول أو لا.

(٦) قوله: "لأنه فسخ للشهادة" هذا الدليل لا يتم إلا إذا ثبت أن فسخ الشهادة يختص بما يختص به الشهادة، وهو ممنوع، فإن الرجوع إقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الإتلاف بالشهادة الكاذبة، والإقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب أن الاستحقاق لا يرتفع ما دامت الحجة باقية، فلا بد من رفعها، والرجوع في غير مجلس الحكم ليس برفع الحجة، لأن الشهادة في غير مجلسه ليس بحجة، والإقرار بالضمان مرتب على ارتفاعها إذا ثبت في ضمنه، فكان من توابعه. (عناية)

(٧) عن الشهادة.

(٨) عن جناية الكذب.

(٩) وشهادة الزور جناية في مجلس الحاكم، فالتوبة تتقيد به. (عناية)

(١٠) على تقدير عجز المدعي عن البينة.

(١١) قوله: "ادعى" فدعوى الرجوع في غير مجلس الحكم باطلة، والبينة واليمين يترتبان على دعوى صحيحة. (ع)

(١٢) أي في غير مجلس القاضي.

(١٣) قوله: "وضمنه" الضمير المستكن يرجع إلى القاضي، ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئًا إلى الآن. (ع)

(١٤) البينة.

قال[١]: وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به، ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه[٢]، لأن التسبيب على وجه التعدى سبب الضمان كحافر البئر[٣]، وقد سببا للإتلاف[٤] تعديًا. وقال الشافعى: لا يضمنان؛ لأنه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة. قلنا: تعذر إيجاب الضمان على المباشر، وهو القاضى؛ لأنه كالملجأ[٥] إلى القضاء[٦]، وفى[٧] إيجابه[٨] صرف الناس[٩] عن تقلده[١٠]، وتعذر استيفاءه من المدعى؛ لأن الحكم ماض، فاعتبر التسبيب، وإنما يضمنان إذا قبض المدعى المال دينًا كان أو عينًا[١١]؛ لأن الإتلاف به[١٢] يتحقق، ولأنه لا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين. قال[١٣]: فإن رجع أحدهما ضمن النصف[١٤] والأصل[١٥] أن

(١٥) أى سبب قبول البينة، وهو دعوى الرجوع فى مجلس الحاكم.

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) العلة هى المؤثرة فى الحكم، والسبب هو المفضى إلى الحكم بلا تأثير.

(٣) قوله: "كحافر البئر" أى فى قارعة الطريق، فإن ثقل الساقط فيها علة التلف والمشى سبب، والحفر شرط، لأنه أزال المانع من السقوط، فالثقل أمر طبيعى لا يصلح لإضافة التلف إليه، والمشى مباح لا تعدى فيه، فأضيف الحكم إلى الحفر، لأن الحافر متعد فيه، وههنا لا يمكن إيجاب الضمان على القاضى، وإن حصل الإتلاف بقضاءه لأنه بمنزلة الملجأ من جهة الشاهدين إلى القضاء، فإن بعد ظهور عدالتهما وجب عليه القضاء شرعًا، حتى لو امتنع منه يأثم ويعزل، ويعزر ولا يمكن استيفاءه من المدعى، لأن الحكم ماض، فأوجبنا الضمان على الشاهدين، لأنهما سببان وقد أقرا على أنفسهما بالتعدى. (ك)

(٤) أى إتلاف المال.

(٥) قوله: "لأنه كالملجأ إلخ" لم يقل: ملجأ، لأن الملجأ حقيقة هو من يخاف العقوبة الدنياوية، والقاضى ههنا إنما يخاف العقوبة فى الآخرة، ولا يصير به ملجأ حقيقة، لأن كل أحد يقيم الطاعة خوفًا من العقوبة على تركها فى الآخرة، ولا يصير به مكرهًا.

قوله: "لأنه كالملجأ" لأن القضاء فرض عليه بما ثبت عنده ظاهرًا حتى لو لم ير وجوب القضاء عليه يكفر. (عينى)

(٦) من جهة الشاهدين. (ك)

(٧) أى فى إيجاب الضمان على القاضى.

(٨) هذا دليل آخر.

(٩) وذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لأجله. (ع)

(١٠) القضاء.

(١١) قوله: "وإنما يضمنان إذا قبض المدعى المال دينًا كان أو عينًا" لأنه تحقق الخسران عند تسليم المال إلى المقضى له، فأما ما بقيت يده على المال فلا يتحقق الخسران فى حقه، ولأن الضمان مقدر بالمثل، وهما أتلفا عليه دينًا حين ألزماه بشهادتهما كذلك، فإذا ضمنهما قبل ذلك فقد استوفى منهما عينًا فى مقابلة دين، ولا مماثلة بين أخذ العين، وإلزام الدين، وفى الأعيان أن يثبت الملك للمقضى له بالقضاء، ولكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل، وأن المال الذى فى يده ملكه، فلم يكن له أن يضمن الشاهدين شيئًا ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضى، كذا فى ال"المبسوط". (ك)

(١٢) أى بالقبض.

المعتبر فى هذا[١] بقاء من بقى[٢]، لا رجوع من رجع[٣]، وقد بقى من يبقى بشهادة نصف الحق[٤]، وإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه، لأنه بقى من يبقى بشهادته كل الحق، وهذا[٥] لأن الاستحقاق[٦] باق بالحجة، والمتلف متى استحق[٧] سقط الضمان[٨]، فأولى أن يمتنع[٩]، فإن رجع آخر[١٠] ضمن الراجعان[١١] نصف الحق[١٢]، لأن ببقاء أحدهم يبقى نصف الحق[١٣].

وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء من بقى، وإن رجعتا ضمنتا نصف الحق، لأن بشهادة الرجل بقى نصف الحق، وإن شهد رجل وعشر نسوة، ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن، لأنه بقى من يبقى بشهادته كل الحق، فإن رجعت أخرى[١٤] كان عليهن ربع الحق[١٥]، لأنه بقى النصف

---

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) أى نصف المشهود به.

(١٥) الأمر الكلى.

(١) أى فى باب الرجو ع. (ع)

(٢) قوله: "بقاء من بقى" لأن وجوب الحق فى الحقيقة بشهادة الشاهدين، وما زاد فهو فضل فى حق القضاء، إلا أن الشهود إذا كانوا أكثر من اثنين يضاف القضاء، ووجوب الحق إلى الكل لاستواء حالهم، وإذا رجع واحد زال الاستواء، وظهر إضافة القضاء إلى المثنى. (ع)

(٣) قوله: "لا رجوع من رجع" لأنه لو اعتبر رجوع من رجع كان الضمان واجبًا على الراجع مع بقاء الحكم عند وجود مبقيه وهو الشاهدان، بأن شهد ثلاثة ورجع واحد. (ك)

(٤) قوله: "من يبقى إلخ" قيل: لا نسلم ذلك فإن الباقى فرد لا يصلح لإثبات شىء ابتداء، فكذا بقاء، وأجيب بأن البقاء أسهل من الابتداء، فيجوز أن يصلح فى البقاء للاثبات ما لا يصلح فى الابتداء كذلك كما فى النصاب، فإن بعضه لا يصلح فى الابتداء لإثبات الوجوب ويصلح فى البقاء بقدره. (ع)

(٥) أى عدم الضمان على الثالث الراجع.

(٦) أى استحقاق الشهودبه للمدعى. (ن)

(٧) قوله: "والمتلف متى استحق إلخ" كمن غصب مال إنسان وأتلفه، ثم استحق رجل ذلك المال بالبينة فلا ضمان للمتلف عليه على المتلف إذا لم يضمن المستحق شيئًا. (ك)

(٨) عن المتلف.

(٩) لأن المنع أسهل من الدفع، الضمان عن الراجع. (ع)

(١٠) من الثلث.

(١١) قوله: "ضمن الراجعان إلخ" فإن قيل: ينبغى أن يضمن الراجع الثانى فقط، لأن التلف أضيف إليه، قلنا: التلف يضاف إلى المجموع إلا أن رجوع الأول لم يظهر أثره بمانع وهو بقاء من بقى، فإذا رجع الثانى ظهر أن التلف بهما.(ك)

(١٢) لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر.

(١٣) وفى نسخة: المال.

(١٤) سوى الثمان.

بشهادة الرجل، والربع بشهادة الباقية، فبقى ثلاثة الأرباع.

وإن رجع الرجل والنساء[١] فعلى الرجل سدس الحق على النسوة خمسة أسدسه عند أبى حنيفة. وقالا: على الرجل النصف، وعلى النسوة النصف، لأنهن وإن[٢] كثرن يقمن مقام رجل واحد[٣]، ولهذا لا يقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل.

ولأبى حنيفة أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد، قال عليه السلام فى نقصان عقلهن[٤]: «عدلت شهادة اثنين منهن بشهادة رجل واحد»[٥]*، فصار[٦] كما إذا شهد ذلك ستة رجال[٧] ثم رجعوا.

فإن رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين[٨]؛ لما قلنا[٩]، ولو شهد رجلان وامرأة بمال، ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة، لأن الواحدة ليست بشاهدة بل هى بعض الشاهد، فلا يضاف إليه الحكم[١٠]. قال[١١]: وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما، وكذلك إذا شهدا بأقل من مهر مثلها لأن[١٢] منافع البضع غير متقومة عند الإتلاف، لأن التضمين يستدعى المماثلة[١٣] على ما عرف[١٤]، وإنما

---

(١٥) أى على الراجعات التسع.

(١) العشرة.

(٢) الواو وصلية.

(٣) قوله: "يقمن مقام إلخ" فصار شهادة عشر نسوة كشهادة امرأتين، فصار الضمان على الرجل والنسوة إنصافًا. (عينى)

(٤) قوله: "قال عليه السلام إلخ" وفى وجه دلالة الحديث على ذلك نظر، وإنما تم أن لو قال: عدلت شهادة كل اثنين منها بشهادة رجل، والجواب أنه أطلق ولم يقيد بأن ذلك فى الابتداء أو مكرراً. (ع)

(٥) أخرجه البخارى فى الوضوء والعيدين، وفى الزكاة والصوم من حديث الخدرى.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٨٩، والدراية ج٢، الحديث٨٣٦ ص١٧٣. (نعيم)

(٦) شهادة رجل وعشر نسوة.

(٧) فإن الضمان عليهم أسداساً.

(٨) أى قول الإمام وصاحبيه.

(٩) قوله: "لما قلنا" من أن المعتبر هو بقاء من بقى، فالرجل يبقى ببقاءه نصف الحق. (ع)

(١٠) قوله: "فلا يضاف إليه الحكم" لأن المرأة الواحدة شطر العلة، فلا يثبت به شىء من الحكم، فكان القضاء مضافًا إلى شهادة رجلين دونها، فلا تضمن عند الرجوع شيئًا. (ع)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) أى لأن الشاهدين أتلفوا بالشهادة بالنكاح منافع البضع ومنافع البضع إلخ.

(١٣) قوله: "لأن التضمين يستدعى المماثلة [ولا مماثلة بين العين والمنفعة]" ولا مماثلة بين البضع والمال، فأما عند

تضمن وتتقوم بالتملك[١]، لأنها تصير متقومة ضرورة الملك إبانة لخطر المحل.

وكذلك[٢] إذا شهدا على رجل بتزويج امرأة بمقدار مهر مثلها[٣]؛ لأنه إتلاف بعوض[٤] لما أن البضع متقوم حال الدخول في الملك، والإتلاف بعوض كلا إتلاف، وهذا لأن مبني الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الإتلاف بعوض،[٥] وبينه بغير عوض[٦]، وإن شهدا بأكثر من مهر المثل[٧]، ثم رجعا ضمنا الزيادة؛ لأنهما أتلفاها[٨] من غير عوض. قال[٩]: وإن شهدا[١٠] ببيع شيء بمثل القيمة أو أكثر، ثم رجعا لم يضمنا[١١]؛ لأنه[١٢] ليس بإتلاف معنى نظرًا إلى العوض، وإن كان بأقل من القيمة ضمنا[١٣] النقصان؛ لأنهما أتلفا هذا الجزء بلا عوض، ولا فرق بين أن يكون البيع باتًا[١٤]، أو فيه خيار البائع[١٥]، لأن السبب[١٦] هو البيع

دخوله في ملك الزوج فقد صار متقوماً إظهاراً لخطره حتى يكون مصونًا عن الابتذال، ولا يملك مجانًا فإن ما يملكه المرء مجانًا لايعظم خطره، وذلك محل له خطر مثل خطر النفوس لحصول النسل به وهذا المعنى لايوجد في طرف الإزالة. (ك)

(١٤) في أصول الفقه.

(١) قوله: "وإنما تضمن إلخ" دفع دخل هو أنه لو لم يكن المنافع للبضع متقومة لكانت غير متقومة إذا كان الزوج مالكًا للبضع مع أانه ليس كذلك. (مل)

(٢) أي لا ضمان.

(٣) ورجعا.

(٤) قوله: "لأنه [مال الزوج] إتلاف بعوض [وهو منافع البضع]" فإن قيل: منافع البضع كيف تصلح عوضاً عن المهر، وأن المرأة ليست بمال، ومنافع البضع أيضًا ليست بعين مال. قلنا: منافع البضع حالة الدخول في الملك أعطى لها حكم المال شرعًا بدليل أن الشرع جوز للأب أن يزوج ابنه الصغير امرأة بمهر مثلها من مال الصغير، والوالد لا يملك إزالة ملك الصغير إلا بعوض يعدله، ألا ترى أنه لو خالع ابنته الصغيرة بمالها لم يجز. (ك)

(٥) أي إتلاف مال الزوج صار بعوض، ولو كان الضمان لزم إتلاف مال الشاهد بغير عوض.

(٦) والمشتري يدعى.

(٧) على الزوج.

(٨) وهو يوجب الضمان.

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) على البائع.

(١١) للبائع.

(١٢) لأنهما لما أخرجا المبيع عن ملكه فقد أدخله في ملكه ما بإزاءه.

(١٣) للبائع.

(١٤) قوله: "ولا فرق إلخ" جواب سؤال بأن يقال: ينبغي أن لا يجب الضمان على الشاهدين إذا شهدوا، بالبيع بشرط الخيار لأنهما لم يتلفا شيئًا على البائع لأنهما اثبتا البيع بشرط الخيار، والبائع لم يزل ملكه عن المبيع بعد، وإنما يزول إذا مضت المدة وهو ساكت، فإن سكت عن الرد كان راضيا بزوال ملكه، فكيف يجب الضمان على الشهود. (عيني)

(١٥) قوله: "أو فيه خيار البائع" بأن شهدا بأقل من القيمة، وبأن البائع بالخيار ثلاثة أيام، فقضى القاضي بذلك

السابق[١]، فيضاف الحكم[٢] عند سقوط الخيار إليه، فيضاف التلف إليهم[٣].

وإن شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها، ثم رجعا ضمنا نصف المهر؛ لأنهما أكدا ضمانًا على شرف[٤] السقوط، ألا ترى أنها[٥] لو طاوعت ابن الزوج[٦]، أو ارتدت سقط المهر أصلا؛ ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ[٧]، فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح[٨]، ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة[٩]، فكان واجبًا بشهادتهما. قال[١٠]: وإن شهدا على أنه أعتق عبده[١١]، ثم رجعا ضمنا قيمته[١٢]؛ لأنهما أتلفا مالية العبد عليه[١٣] من غير عوض، والولاء للمعتق، لأن العتق لا يتحول إليهما[١٤] بهذا الضمان، فلا يتحول الولاء

ومضت المدة، وتقرر البيع، ثم رجعا فإنهما يضمنان فضل ما بين القيمة والثمن لإتلافهما الزائد بغير عوض، ولو أوجب البيع في المدة لم يضمنا شيئًا، لأنه أزال ملكه باختياره، فلم يتحقق الإتلاف. (عناية)

(١٦) أي السبب المزيل للملك، ولهذا يستحق المشتري بزوائده. (ع)

(١) المشهود به. (ع)

(٢) وهو زوال الملك.

(٣) فإنه قد حصل ذلك السبب بشهادتهم، فيجب عليهم الضمان.

(٤) بر امر بزرگ رسيدن از خير يا شر.

(٥) المرأة.

(٦) أو قبلت ابنه بشهوة.

(٧) قوله: "في معنى الفسخ" إنما قال: في معنى الفسخ ولم يقل: هو فسخ لأن النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل المبدل وهو البضع إلى المرأة كما كان صار بمنزلة فسخ البيع قبل القبض، وفي كل موضع إذا تم الفسخ يجعل كأن العقد لم يجر بين المتعاقدين لعود ما كان لهما إلى ملكهما كملا، فعلى هذا التقدير كان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء لكون العقد بسبب الفسخ كأن لم يكن، وذلك الوجوب على الزوج كان بسبب شهادة الشاهدين، فعند الرجوع يضمنان للزوج ما أتلفا عليه من وجوب نصف المهر. (ك)

(٨) في باب المهر. (ك)

(٩) قوله: "بطريق المتعة" كما يجب المتعة لمن زوجت بلا مهر، و طلقت قبل الوطئ وهي درع وخمار، وملحفة لا تزيد على نصف مهر المثل لو كان الزوج غنيا، ولا تنقص عن خمسة دراهم لو فقيرًا، كذا في "الدر المختار".

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) وقضى به القاضي.

(١٢) قوله: "ضمنا [أي للمولى] قيمته [العبد]" موسرين كان أو معسرين، لأن هذا ضمان إتلاف الملك، وأنه لا يختلف باليسار والإعسار، ولا يمتنع وجوب الضمان عليهما بثبوت الولاء للمولى لأن الولاء ليس بمال متقوم بل هو كالنسب، فلا يكون عوضًا عما أتلفا عليه من ملك المال. فإن قيل: ينبغي أن لا يكون الولاء للمولى لأنه ينكر العتق، قلنا: بقضاء القاضي بالحجة صار مكذبًا شرعًا، لأن القاضي لما قضى بالعتق من المولى تبعه الولاء. (ك)

(١٣) المولى.

(١٤) الشاهدين.

إليهما[١]، وإن شهدوا بقصاص، ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية[٢]، ولا يقتص منهم[٣]. وقال الشافعي: يقتص منهم لوجود القتل منهم[٤] تسببيًا، فأشبه المكره[٥] بل أولى[٦]، لأن الولي يعان، والمكره يمنع. ولنا: أن القتل[٧] مباشرة لم يوجد[٨]، وكذا[٩] تسببيًا، لأن السبب ما يفضى إليه غالبًا، وههنا لا يفضى، لأن العفو مندوب[١٠]، وبخلاف المكره، لأنه يؤثر[١١] حياته ظاهرًا[١٢]، ولأن[١٣] الفعل الاختيارى مما يقطع النسبة[١٤]، ثم لا أقل[١٥] من الشبهة وهى دارئة للقصاص، بخلاف المال[١٦]، لأنه يثبت مع الشبهات، والباقى يعرف فى المختلف[١٧].

---

(١) لأن الولاء لمن أعتق.

(٢) فى مالهما. (ع)

(٣) الشهود.

(٤) من الشهود.

(٥) قوله: "فأشبه [أى الشاهد] المكره [على القتل]" بيان الشبه أن المكره مسبب غير مباشر، و كذلك الشاهد مسبب غير مباشر والمكره يقتل قصاصًا، فكذلك الشهود. (ك)

(٦) قوله: "بل أولى" وبيان الأولوية أن الشهادة فى السببية والإفضاء إلى القتل فوق الإكراه، لأن الولي يعان على استيفاء القصاص، والمكره يمنع عنه شرعًا وعادة، فعسى أن يمتنع المكره من المباشرة، فلا يفضى إلى القتل غالبًا، فإذا قتل المكره وهو المسبب فلأن يقتل الشاهد وهو فى التسبيب فوق المكره أولى. (ك)

(٧) قوله: "أن القتل إلخ" هذا ظاهر ومستغنٍ عنه ههنا، لأنه لم يختلف فيه أحد، وليس له تعلق بما نحن فيه إلا أن يكون إيماء إلى أن المباشر للقتل، وهو الولى لما لم يلزمه القصاص، فكيف يلزم غيره، وهو تكلف بعيد. (ع)

(٨) من الشهود.

(٩) أى لم يوجد.

(١٠) قوله: "لأن العفو مندوب [قال الله تعالى: ﴿وأن تعفوا أقرب للتقوى﴾ ك]" يعنى أن المسلم المتدين العفو ظاهر بالنظر إلى حاله، لأنه لا يلحقه بعفوه ضرر بنفسه وماله، ويحصل له الأجر الكثير، فأما المكره يختار حياته بأدنى رخصة فى الشرع، ويرجحها على حياة غيره. (عينى)

(١١) أى يختار.

(١٢) فالإكراه يفضى إلى القتل غالبًا.

(١٣) هذا الدليل بعد تسليم أن الشهود مسبب.

(١٤) قوله: "ولأن الفعل الاختيارى إلخ" أى القتل الصادر من الولى باختياره الصحيح من غير إجبار مما يقطع نسبة القتل إلى الشهود، فكان الفعل مقصورًا على الولى، فلم يكن الشاهد قاتلا، لأن تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة إلى الأول كمن حل قيد عبد إنسان، فأبق العبد لا ضمان على الحال لما قلنا، بخلاف المكره، فإن له اختيارًا فاسدًا، وللمكره اختيار الصحيح، والفاسد فى مقابلة الصحيح بمنزلة المعدوم، فصار المكره بمنزلة الآلة للمكره، فلذلك انتقل فعل المكره إلى المكره. (ك)

(١٥) أى سلمنا أن لا يقطع نسبة إلى الشهود، ولكن الأقل من شبهة قطع النسبة.

(١٦) أى الدية. (ك)

قال[١] : وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا[٢]، لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم، فكان التلف مضافًا إليهم[٣]، ولو رجع شهود الأصل، وقالوا: لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم؛ لأنهم أنكروا السبب[٤]، وهو الإشهاد[٥]، ولا يبطل القضاء، لأنه[٦] خبر[٧] محتمل[٨]، فصار كرجوع الشاهد[٩] بخلاف ما قبل القضاء[١٠].

وإن قالوا[١١] : أشهدنا هم[١٢] وغلطنا ضمنوا[١٣]، وهذا[١٤] عند محمد، وعند أبى حنيفة وأبى يوسف لا ضمان عليهم[١٥]، لأن القضاء وقع بشهادة الفروع، لأن القاضى يقضى بما يعاين من الحجة[١٦] وهى شهادتهم[١٧].

وله : أن الفروع نقلوا شهادة الأصول[١٨]، فصار كأنهم حضروا[١٩]، ولو رجع

---

(١٧) أى مختلف الرواية تصنيف الفقيه أبى الليث.

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) المشهود به.

(٣) فوجب الضمان عليهم.

(٤) والعلة، وهى شهادة الفروع باقية، أى سبب إتلاف مال المدعى عليه. (ك)

(٥) على شهادتهم. (ك)

(٦) الإنكار.

(٧) فتعارض الخبران.

(٨) للصدق والكذب.

(٩) قوله: "فصار كرجوع الشاهد" أى شاهد الأصل لو شهد بنفسه، وقضى القاضى بشهادته، ثم رجع لا يبطل القضاء بالرجوع، فكذا لا يبطل بإنكار الإشهاد. (عينى)

(١٠) قوله: "بخلاف ما قبل القضاء [لأنهم أنكروا التحميل، ولا بد منه. ك]" يعنى إذا أنكر شهود الأصل الإشهاد قبل القضاء بشهادة الفروع لا يقضى القاضى بشهادة الفروع بعد ذلك كما إذا رجع الشهود قبل القضاء حيث لا يحكم القاضى بذلك. (عينى)

(١١) الأصول.

(١٢) الفروع.

(١٣) الأصول.

(١٤) أى وجوب الضمان.

(١٥) الأصول.

(١٦) وشهادة الأصول فى غير مجلس القاضى فليست بحجة.

(١٧) الفروع.

(١٨) قوله: "وله أن الفروع إلخ" يعنى أن الفرعين قاما مقام الأصلين فى نقل شهادتهما إلى مجلس القضاء، والقضاء يحصل بشهادة الأصلين، ولذا يعتبر عدالتهما، فصار كأنهما حضرا بأنفسهما وشهدا، ثم رجعا، وفى ذلك

جـ5
31
B

الأصول والفروع جميعًا يجب الضمان عندهما[١] على الفروع لا غير، لأن القضاء وقع بشهادتهم، وعند محمد المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الأصول، وإن شاء ضمن الفروع، لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذى ذكرا[٢]، و بشهادة الأصول من الوجه الذى ذكر[٣]، فيتخير[٤] بينهما، والجهتان[٥] متغايرتان[٦]، فلا يجمع بينهم فى التضمين[٧].

وإن قال شهود الفرع[٨]: كذب شهود الأصل أو غلطوا فى ذلك[٩] لم يلتفت إلى ذلك[١٠]، لأن ما أمضى من القضاء لا ينتقض بقولهم، ولا يجب الضمان عليهم[١١]، لأنهم[١٢] ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا[١٣] على غيرهم[١٤] بالرجوع.

قال[١٥]: وإن رجع المزكّون عن التزكية ضمنوا وهذا عند أبى حنيفة، وقالا: لا يضمنون، لأنهم أثنوا[١٦] على الشهود خيرًا، فصاروا كشهود الإحصان[١٧]، وله أن

يلزم الضمان، فكذا ههنا. (ع)

(١٩) وشهدوا، ثم حضروا، ورجعوا.

(١) الشيخين.

(٢) قوله: "من الوجه الذى ذكرا" أى أبو حنيفة وأبو يوسف إشارة إلى قولهما: إن القاضى يقضى بما يعاين من الحجة وهو شهادة الفروع. (ك)

(٣) أى محمد من قوله: إن الفروع نقلوا شهادة الأصول. (ك)

(٤) المشهود عليه.

(٥) قوله: "والجهتان إلخ" جواب عما يقال: لم لا يجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف التلف. (مل)

(٦) قوله: "متغايرتان" لأن شهادة الأصول على أصل الحق، وشهادة الفروع على شهادة الأصول. (ك)

(٧) قوله: "فلا يجمع بينهم [أى بين الأصول والفروع] إلخ" أى لا يقال: إن كل فريق يضمن النصف بل يجعل كل فريق كالمنفرد والمشهود عليه بالخيار كالغاصب مع غاصب الغاصب، فإن للمغصوب منه أن يضمن أيهما شاء.(ك)

(٨) أى بعد القضاء.

(٩) أى فى شهادتهم.

(١٠) أى إلى قولهم.

(١١) الفروع.

(١٢) الفروع.

(١٣) الفروع.

(١٤) الأصول.

(١٥) أى القدورى. (عينى)

(١٦) ولم يشهدوا، وما تعرضوا للزيادة. (ن)

(١٧) قوله: "كشهود الإحصان" إى إذا شهدوا بإحصان المشهود عليه فرجم، فإذا رجعوا بعد ذلك لا يضمنون. (عينى)

التزكية إعمال للشهادة[١]، إذ القاضي لا يعمل بها إلا بالتزكية[٢]، فصارت[٣] بمعنى علة العلة، بخلاف شهود الإحصان[٤] لأنه شرط محض[٥].

قال[٦]: وإذا شهد شاهدان باليمين[٧]، وشاهدان بوجود الشرط[٨]، ثم رجعوا فالضمان[٩] على شهود اليمين[١٠] خاصة[١١]؛ لأنه هو السبب والتلف يضاف إلى مثبتي السبب[١٢] دون الشرط المحض، ألا ترى[١٣] أن القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط، ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه[١٤]،

---

(١) أي بها يعمل بالشهادة.

(٢) قوله: "لا يعمل بها إلخ" لأن الشهادة إنما تصير حجة بالعدالة، والعدالة إنما تثبت بالتزكية، فصارت بمعنى علة العلة كالرمي فإنه سبب لمضي السهم في الهواء، وذا سبب الوصول إلى المرمي، وذا سبب الجرح، وذا سبب ترادف الإيلاء، وذا سبب الموت، ثم الموت أضيف إلى الرمي الذي هو العلة الأولى، حتى يجب عليه أحكام القتل من القصاص والدية. (ك)

(٣) التزكية.

(٤) قوله: "بخلاف شهود الإحصان" لأنه شرط محض، والشهادة على الزنا بدون الإحصان، موجبة للعقوبة، وشهود الإحصان ما جعلوا ما ليس بموجب موجبا، وأما الشهادة فلا توجب شيئًا بدون التزكية، فمن هذا الوجه يقع الفرق بينهما، ولهذا يشترط الذكورة في المزكين كشهود الزنا، ويثبت الإحصان بشهادة النساء مع الرجال، ثم الإحصان في معنى العلامة لأن حكم الشرط أن يمنع انعقاد العلة إلى أن يوجد الشرط والزنا، إذا وجد لم يتوقف عمله على إحصان يحدث بعده فإنه إذا زنى ثم أحصن لا يرجم، ولكن الإحصان إذا ثبت كان معرفا لحكم الزنا، فثبت أنه علامة لا شرط، فلم يتعلق به الوجود والوجوب إذ الحكم لا يضاف إلى المظهر، فلهذا لم يضمنوا بحال. (ك)

(٥) قوله: "لأنه شرط محض" الحاصل أن الإحصان ليس فيه معنى العلة، لأن الإحصان علامة معرفة لحكم الزنا الصادر، فلا يتوقف ثبوت الزنا على ثبوت الإحصان، ويتوقف الحكم بشهود الزنا على التزكية، فظهر الفرق. (عيني)

قوله: "لأنه شرط" اعلم أن الشرط عند الأصوليين ما يتوقف عليه الوجود وليس بمؤثر في الحكم، ولا مفض إليه والعلة هي المؤثرة في الحكم، والسبب هو المفضي إلى الحكم بلا تأثير، والعلامة ما دل على الحكم وليس الوجود متوقفًا عليه، وبهذا ظهر أن الإحصان شرط كما ذكر الأكثر لتوقف وجوب الحد عليه. (منح) كذا في الهامش. (رد المحتار)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) نحو إن دخلت الدار فعبدي حر.

(٨) فقضى القاضي بترتب الجزاء.

(٩) أي ضمان قيمة العبد مثلا.

(١٠) قوله: "شهود إلخ" وقال في البحر لأنهم شهود العلة، إذ التلف يحصل بسببهم، وهو الإعتاق والتطليق، وهم أثبتوه أطلقه، فيشمل تعليق العتق والطلاق، فيضمن في الأول والقيمة، وفي الثاني نصف المهر إن كان قبل الدخول، كذا في الهامش. (رد المحتار)

(١١) رد لقول زفر، فإنه يقول: الضمان عليهم.

(١٢) كحافر البئر مع الملقي فإن الضمان عليه دون الحافر. (ع)

(١٣) قوله: "ألا ترى إلخ" توضيح للإضافة إلى السبب دون الشرط، فإن القاضي يسمع شهادة اليمين، ويحكم بها وإن لم يشهد بالدخول. (ع)

(١٤) قوله: "اختلف المشايخ فيه" قال بعضهم: يضمنون، لأن الشرط إذا سلم عن معارضة العلة صلح علة، لأن

ومعنى المسألة[١] يمين العتاق[٢] والطلاق قبل الدخول[٣].

كتاب الوكالة[٤]

قال[٥]: كل عقد[٦] جاز أن يعقده[٧] الإنسان بنفسه جاز[٨] أن يوكل به غيره؛ لأن الإنسان قد يعجز[٩] عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال[١٠]، فيحتاج إلى أن يوكل به غيره، فيكون بسبيل منه[١١] دفعًا للحاجة، وقد صح[١٢] أن النبى

العلل لم تجعل عللا بذواتها فاستقام أن يخلفها الشروط، والصحيح أن شهود الشرط لا يضمنون بحال: نص عليه فى الزيادات. (ك)

(١) يريد به صورة المسألة. (ع)

(٢) قوله: "يمين العتاق" أى شهدا أنه قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر، أو قال لامرأته وهى غير مدخول بها: إن دخلت الدار فأنت طالق. (ك)

(٣) إنما قيد بقوله: قبل الدخول لأن رجوع الشهود بالطلاق عن الشهادة إذا كان بعد دخول الزوج لا يضمنون شيئًا. (عينى)

(٤) قوله: "كتاب الوكالة" لما فرغ من بيان أحكام الشهادات بأنواعها وما يتبعها من الرجوع عنها شرع فى بيان أحكام الوكالة، إما لمناسبة أن كل واحد من الشهادة والوكالة صفة من صفات الله تعالى، ثم الله شهيد على ما يفعلون، وقوله: ﴿حسبنا الله ونعم الوكيل﴾، وإما لأن كلا منهما إيصال النفع إلى الغير بالإعانة فى حقه، وإما لأن كلا منهما يصلح سببا لاكتساب الثواب، كذا فى "النهاية". (نت)

قوله: "الوكالة" -بفتح الواو وكسرها- اسم للتوكيل من وكله بكذا، أى فوض إليه ذلك، والوكيل هو القائم بما فوض إليه كأنه فعيل بمعنى مفعول، لأنه موكول إليه الأمر، أى مفوض إليه، وفى اصطلاح الفقهاء عبارة عن إقامة الإنسان غيره مقام نفسه فى تصرف معلوم، وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها، وركنها لفظ وكلت وأشباهه، وشرطها أن يملك الموكل التصرف، ويلزمه الأحكام، وصفتها أنه عقد جائز يملك كل من الموكل، والوكيل العزل بدون رضى صاحبه، وحكمها مباشرة الوكيل ما فوض إليه. (ع)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "كل عقد [هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به. نتائج] إلخ" فإن قيل: يشكل على هذا الاستقراض فإنه لو استقرض بنفسه يجوز، ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز، قلنا: التوكيل تفويض التصرف، وإنما يصح ذلك فيما ينفذ فيه تصرفه، ويصح أمره، وتفويض الاستقراض يقع فيما لا يملكه، فإن الدراهم التى يستقرضها الوكيل ملك المقرض، والأمر بالتصرف فى ملك الغير باطل. (ك)

(٧) قوله: "أن يعقده" أى يكون مستبداً بذلك العقد، فلا يردان الوكيل جاز له أن يعقد بنفسه، وإذا وكل غيره ولم يؤذن له فى ذلك لا يجوز، لأن الوكيل ليس بمستبد فى العقد.

(٨) قوله: "جاز أن يوكل إلخ" وليس العكس مقصوداً، أى ليس أن كل عقد لا يعقده الإنسان بنفسه لا يجوز التوكيل به، ألا ترى أن المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشراءه بنفسه، ولو وكل ذميا بذلك جاز عند أبى حنيفة. (مولانا محمد عبد الحليم، نور الله مرقده)

(٩) قوله: "لأن الإنسان إلخ" اعترض عليه بأنه دليل أخص من المدلول، وهو جواز الوكالة، فإنها جائزة وإن لم يكن ثمة عجز أصلا، وأجيب بأن ذلك بيان حكمة الحكم وهى تراعى فى الجنس دون الأفراد، كالمشقة فى السفر. (نت)

(١٠) قوله: "على اعتبار بعض الأحوال [لقلة هدايته ولكثرة أشغاله. ك]" بأن كان مريضًا، أو شيخًا فانيًا أو ذا وجاهة لا يتولى الأمور بنفسه. (عينى)

عليه السلام [١] وكل بالشراء [٢] حكيم ابن حزام*، وبالتزويج [٣] عمر بن أم سلمة [٤]**. قال [٥]: ويجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق [٦]، لما قدمنا من الحاجة إذ ليس كل أحد يهتدى إلى وجوه الخصومات، وقد صح أن عليًا رضى الله عنه وكّل [٧] فيها [٨] عقيلا [٩]، وبعد ما أسنّ [١٠] وكّل عبد الله [١١] بن جعفر [١٢]***. وكذا [١٣] بإيفاءها [١٤]، واستيفاءها [١٥] إلا فى الحدود [١٦] والقصاص، فإن الوكالة لا تصح باستيفاءهما مع غيبة الموكل عن المجلس؛ لأنهما تندرئ بالشبهات [١٧]، وشبهة العفو [١٨] ثابتة حال غيبة الموكل [١٩] بل هو الظاهر للندب

---

(١١) التوكيل.

(١٢) قوله: "وقد صح إلخ" يتجه على ذلك أن توكيل النبى ﷺ فى المادتين المخصوصتين لا يدل على ما فى الدعوى المذكورة من الكلية، فلعل الوجه أن يكون المراد به مجرد تأييد ما تقدم من التعليل العقلى الذى مبناه دفع الحاجة بوقوع التوكيل عند الحاجة من النبى ﷺ لا إقامة دليل مستقل على الدعوى الكلية السابقة. (نت)

(١) رواه أبو داود فى البيوع. (ت)

(٢) أى شراء الأضحية. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٩٠، والدراية ج٢، الحديث ٨٣٧ص١٧٤. (نعيم)

(٣) أى تزويج أمه أم سلمة من النبى ﷺ. (ك)

(٤) أخرجه النسائى فى "سننه" فى النكاح. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٩٢، والدراية ج٢، الحديث ٨٣٨ص١٧٤. (نعيم)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) أى فى جميعها. (ك)

(٧) أخرجه البيهقى. (ت)

(٨) أى فى الخصومات. (نتائج)

(٩) هو ابن أبى طالب كان ذكيًا حاضر الجواب.

(١٠) عقيل.

(١١) قوله: "وكل إلخ" إما لأنه وقر عقيلا لكبر سنه، أو لأنه انتقص ذهنه، وكان عبد الله بن جعفر شابًا ذكيًا. (ك)

(١٢) الطيار. (ك)

*** راجع نصب الراية ج٤ ص٩٤ تحت الحديث الثانى فى كتاب الوكالة، وراجع الدراية ج٢ تحت الحديث ٨٣٨ص١٧٤. (نعيم)

(١٣) يجوز الوكالة.

(١٤) أى أداء الحقوق.

(١٥) أى قبض الحقوق.

(١٦) كحد القذف والسرقة. (ك)

(١٧) قوله: "لأنهما تندرئ بالشبهات" فلا تستوفى بما يقوم مقام الغير، لأن فيه نوع شبهة، ولهذا لا يستوفى

الشرعى[١] بخلاف غيبة الشاهد[٢]، لأن الظاهر[٣] عدم الرجوع[٤]، وبخلاف حالة الحضرة[٥] لانتفاء هذه الشبهة، وليس كل أحد[٦] يحسن الاستيفاء[٧]، فلو منع عنه[٨] ينسد[٩] باب الاستيفاء أصلا.

وهذا[١٠] الذى ذكرناه قول أبى حنيفة، وقال أبو يوسف: لا يجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضًا، وقول محمد مع أبى حنيفة[١١]، وقيل: مع أبى يوسف، وقيل: هذا الاختلاف فى غيبته[١٢] دون حضرته[١٣]، لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره، فصار كأنه متكلم بنفسه.

له[١٤]: أن التوكيل إنابة، وشبهة النيابة يتحرز عنها فى هذا الباب[١٥] كما فى الشهادة على الشهادة[١٦]، وكما فى الاستيفاء[١٧].

بكتاب القاضى إلى القاضى والشهادة على الشهادة، وشهادة النساء مع الرجال. (كفاية)

(١٨) قوله: "وشبهة العفو إلخ" وهذا الوجه مخصوص بالقصاص إذ الحدود لا يعفى عنها فالمراد أن فى القصاص ثبوت شبهة أخرى حال غيبة الموكل، وهى شبهة العفو. (نتائج الأفكار)

(١٩) لجواز أن يكون الموكل قد عفا بنفسه، والوكيل لا يشعر به. (ك)

(١) لقوله تعالى: ﴿وأن تعفوا أقرب للتقوى﴾. (نتائج)

(٢) قوله: "بخلاف غيبة الشاهد" حيث يستوفى الحدود والقصاص مع غيبة الشهود وإن كان رجوعهم محتملا. (عينى)

(٣) فى حق الشاهد.

(٤) إذ الصدق هو الأصل خصوصا فى حق العدول. (ك)

(٥) قوله: "وبخلاف حالة الحضرة" أى حضرة الموكل أى يجوز للوكيل أن يستوفى القصاص، قال: حضرة الموكل لانتفاء هذه الشبهة وهى شبهة العفو. (ك)

(٦) قوله: "وليس كل أحد إلخ" هذا جواب لأن يقال: لما حضر الموكل لم يحتج إلى التوكيل فيستوفيه بنفسه، لما أن فى التوكيل شبهة البدلية، واستيفاء القصاص مما لا يجرى فيه الأبدال. (ك)

(٧) لقلة هدايته، أو لأن قلبه لا يحتمل ذلك. (ع)

(٨) أى عن التوكيل بالاستيفاء. (نتائج)

(٩) قوله: "ينسد" أى ينسد باب الاستيفاء بالنسبة إليه بالكلية، فجاز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانًا لئلا ينسد بابه. (نتائج)

(١٠) قوله: "وهذا" أى هذا الذى ذكرنا صريحا فيما مر آنفًا من قولنا: ويجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق، أى فى جميعها. (نتائج)

(١١) وهو الأظهر. (ك)

(١٢) الموكل.

(١٣) فإن فى حضرته يجوز التوكيل بلا خلاف.

(١٤) أى لأبى يوسف.

(١٥) أى باب الحدود والقصاص.

ولأبى حنيفة أن الخصومة شرط[١] محض[٢] لأن الوجوب[٣] مضاف إلى الجناية والظهور[٤] إلى الشهادة، فيجرى فيه التوكيل[٥]، كما فى سائر الحقوق، وعلى هذا الخلاف[٦] التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص[٧].

وكلام أبى حنيفة فيه[٨] أظهر؛ لأن الشبهة لا تمنع الدفع[٩] غير أن إقرار الوكيل[١٠] غير مقبول عليه[١١]، لما فيه من شبهة عدم الأمر به.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز التوكيل بالخصومة[١٢] من غير رضا الخصم[١٣] إلا أن يكون الموكل مريضاً[١٤]، أو غائباً مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً.

وقالا: يجوز التوكيل بغير رضا الخصم، وهو قول الشافعى، ولا خلاف فى الجواز[١٥]، إنما الخلاف فى اللزوم[١٦].

---

(١٦) يعنى لا تجوز فى الحدود والقصاص.

(١٧) فإن التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص لا يجوز.

(١) أى ليس لها حظ لا فى الوجوب ولا فى الظهور.

(٢) والشرط المحض حق من الحقوق. (ع)

(٣) أى وجوب الحدود والقصاص.

(٤) المضاف.

(٥) قوله: "فيجرى فيه إلخ" لا يقال: المانع موجود، وهو الشبهة كما فى الاستيفاء والشهادة على الشهادة، على ما مر، لأنا نقول: الشبهة فى الشرط لا تصلح للمنع إذ لا يتعلق به الوجوب ولا الوجود، ولا الظهور بخلاف الاستيفاء، فإنه يتعلق به الوجود، وبخلاف الشهادة على الشهادة فإنه يتعلق بها الظهور. (نتائج)

(٦) أى بين الإمام وأبى يوسف.

(٧) فأجازه أبو حنيفة، ومنعه أبو يوسف، وقول محمد مضطرب. (نتائج)

(٨) أى فى التوكيل من جانب من عليه.

(٩) لأن دفع الحدود والقصاص يثبت مع الشبهات. (ك)

(١٠) قوله: "غير أن إلخ" أى لكن هذا الوكيل إذا أقر فى مجلس القضاء بما يوجب القصاص على موكله لم يصح إقراره استحساناً، وفى القياس يصح لأنه قام مقام الموكل بعد صحة التوكيل ألا ترى أن فى سائر الحقوق جعل إقراره كإقرار الموكل، فكذلك فى القصاص. (ك)

(١١) أى على موكله.

(١٢) أى لا يلزم ذكر الجوز، وأراد اللزوم. (نتائج)

(١٣) أى من المدعى والمدعى عليه.

(١٤) قوله: "مريضاً" المراد نفس المرض، وقيل: إن تكلف الحضور بالركوب على دابة أو غيرها يزداد مرضه. (ك)

(١٥) بين الإمام وصاحبيه.

(١٦) قوله: "إنما الخلاف فى اللزوم" هل ترتد الوكالة برد الخصم أم لا؟ عنده ترتد ولا يلزم للخصم الحضور، والجواب بخصومة الوكيل، عندهما لا ترتد برده، ويلزم الحضور، والجواب بخصومته، والمتأخرون اختاروا للفتوى أن

لهما أن التوكيل تصرف فى خالص[١] حقه[٢]، فلا يتوقف على رضا غيره، كالتوكيل[٣] بتقاضى الديون[٤]. وله[٥]: أن الجواب مستحق على الخصم، ولهذا يستحضره، والناس متفاوتون[٦] فى الخصومة[٧]، فلو قلنا بلزومه[٨] يتضرر به، فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما[٩] يتخير[١٠] الآخر، بخلاف المريض[١١] والمسافر[١٢]، لأن الجواب غير مستحق[١٣] عليهما هنالك[١٤]، ثم كما يلزم التوكيل عنده[١٥] من المسافر يلزم إذا أراد السفر لتحقق الضرورة، ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر[١٦] عادتها بالبروز، وحضور مجلس الحاكم.

قال الرازى[١٧]: يلزم التوكيل لأنها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها

القاضى إذا علم من الخصم التعنت فى إباء الوكيل لا يمكنه من صنيع ذلك ويقبل التوكيل من الموكل، وإن علم من الموكل القصد إلى الإضرار بصاحبه فى التوكيل لا يقبل منه إلا برضا صاحبه، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسى. (ك)

(١) والتصرف فى خالص حقه لا يتوقف على رضا غيره.

(٢) الموكل، وهذا لأنه وكله بالجواب أو بالخصومة وكلاهما حق الموكل. (ك)

(٣) لا يتوقف على رضا المديون.

(٤) أى بقبض الديون. (ع)

(٥) قوله: "وله إلخ" قال صاحب العناية: ولأبى حنيفة أنا لا نسلم أنه تصرف فى خالص حقه، فإن الجواب حق للمدعى على الخصم، أى المدعى عليه، ولهذا يستحضره، أى يستحضر المدعى الخصم فى مجلس القاضى، والمستحق للغير لا يكون خالصا له، سلمنا خلوصه لكن تصرف الإنسان فى خالص حقه، إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره، وههنا ليس كذلك، لأن الناس يتفاوتون فى الخصومة، فلو قلنا: إلخ وهذا ينادى على أن عبارة المصنف حملها صاحب "العناية" على الدليلين، وفى الدليل الأول أنه مخصوص بصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما ترى. (مل)

(٦) قوله: "متفاوتون" فرب إنسان يصور الباطل بصورة الحق ورب إنسان لا يمكنه تمشية الحق على وجهه، فيحتمل أن يكون الوكيل ممن له حذق فى الخصومات، فيتضرر بذلك. (عينى)

(٧) أى من جهة الدعوى والإثبات، ومن جهة الدفع والجواب. (نتائج)

(٨) التوكيل.

(٩) الشريكين.

(١٠) قوله: "يتخير" فإن الكتابة تتوقف على رضا الآخر، وإن كان تصرفًا فى خالص حقه لمكان ضرر شريكه، فيتخير بين الإمضاء، والفسخ. (عناية)

(١١) قوله: "بخلاف إلخ" متصل بقوله: إلا أن يكون الموكل مريضًا، أو غائبًا، والمراد بيان وجه مخالفة المستثنى بالمستثنى منه. (نتائج الأفكار)

(١٢) أما المريض فلعجزه بالمرض، وأما المسافر فلغيبته.

(١٣) واجب.

(١٤) أى فيما إذا كان الموكل مريضًا، أو مسافرًا. (نت)

(١٥) الإمام.

(١٦) صفة كاشفة للمخدرة. (نتائج)

لحياءها، فيلزم توكيلها، قال[١]: هذا شيء استحسنه المتأخرون[٢].

قال[٣]: ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف[٤]، ويلزمه الأحكام[٥]؛ لأن الوكيل[٦] يملك التصرف من جهة الموكل، فلا بد من أن يكون الموكل مالكًا ليملكه من غيره. ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد[٧]، ويقصده[٨]؛ لأنه[٩] يقوم مقام الموكل في العبارة، فيشترط أن يكون[١٠] من أهل العبارة[١١] حتى لو كان[١٢] صبيًا لا يعقل أو مجنونًا كان التوكيل باطلا[١٣].

وإذا وكل الحر العاقل البالغ، أو المأذون[١٤] مثلهما جاز[١٥]؛ لأن الموكل مالك

---

(١٧) أبو بكر أحمد بن علي الجصاص. (عيني)

(١) قوله: "قال [أي المصنف. ع]" قال الإنزاري أي أبو بكر الرازي، وقال الأكمل أي المصنف: وشيخي العلامة قال: مثل قول الإنزاري، وهو الظاهر. (عيني)

(٢) قوله: "استحسنه المتأخرون [وعليه الفتوى. ك]"، وأما في الأصل فإنه لا فرق عند أبي حنيفة بين الرجل والمرأة المخدرة وغيرها البكر والثيب في عدم جواز الوكالة إلا بالعذرين المذكورين، وعندهما كذلك في جوازها، وقال ابن أبي ليلى: تقبل من البكر دون الثيب. (ع)

(٣) أي القدوري. (نتائج)

(٤) قوله: "ممن يملك التصرف" أي جنس التصرف، وهذا احتراز عن الصبي والمجنون. (عيني)

(٥) قوله: "يلزمه الأحكام" يحتمل أحكام ذلك التصرف، وجنس الأحكام، فالأول احتراز عن الوكيل إذا وكل فإنه لا يملك ذلك التصرف دون التوكيل به، لأنه لم يلزمه الأحكام حتى لا يملك الوكيل بالشراء المبيع، ولا الوكيل بالبيع الثمن، وعلى هذا يكون في الكلام شرطان. والثاني احتراز عن الصبي والمجنون، فيكون ملك التصرف ولزوم الأحكام شرطًا واحدًا، قال صاحب "العناية": وهذا أصح لأن الوكيل إذا أذن له بالتوكيل صح، والأحكام لا تلزمه. (مل)

قوله: "ويلزمه" لأن المطلوب من الأسباب أحكامها، فإن كان ممن لا يثبت له الحكم لا يصح توكيله كالصبي المحجور والعبد المحجور. (ك)

(٦) أي من حيث هو وكيل.

(٧) قوله: "ممن يعقل العقد" بأن يعرف مثلا أن البيع سالب والشراء جالب، ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش، كذا ذكر في مأذون "الذخيرة"، وفي أكثر المعتبرات. (نتائج)

(٨) بأن لا يكون هازلا بل يقصد بمباشرة السبب للحكم.

(٩) الوكيل.

(١٠) الوكيل.

(١١) قوله: "من أهل العبارة" وأهلية العبارة تكون بالعقل، لأن المراد بالكلام ما يكون له صورة ومعنى، فكل محدث يكون موجودًا له صورته ومعناه، ومعنى الكلام لا يؤخذ إلا بالعقل والتمييز. (ك)

(١٢) الوكيل.

(١٣) إذ لا يتعلق بقولهما حكم.

(١٤) قوله: "أو المأذون" وإنما أطلق المأذون حتى يشمل العبد والصبي الذي يعقل البيع والشراء إذا كان مأذونا له في التجارة، لأن توكيل الصبي المأذون غيره جاز كسائر تصرفاته، بخلاف ما إذا كان الصبي محجورًا حيث لا يجوز له أن يوكل غيره. (عيني)

للتصرف، والوكيل من أهل العبارة.

وإن وكل[(١)] صبيًا محجورًا يعقل البيع، والشراء، أو عبدًا محجورًا جاز، ولا يتعلق بهما الحقوق[(٢)]، وتتعلق[(٣)] بموكلهما؛ لأن الصبى من أهل العبارة[(٤)]، ألا ترى أنه ينفذ تصرفه بإذن وليه، والعبد من أهل التصرف على نفسه[(٥)] مالك له[(٦)]، وإنما لا يملكه[(٧)] فى حق المولى[(٨)]، والتوكيل ليس تصرفًا فى حقه[(٩)]، إلا أنه لا يصح منهما التزام العهدة[(١٠)]، أما الصبى لقصور أهليته[(١١)]، والعبد لحق سيده[(١٢)]، فتلزم الموكل[(١٣)]. وعن أبى يوسف أن المشترى إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبى أو مجنون[(١٤)]، أو محجور له[(١٥)] خيار الفسخ، لأنه دخل فى العقد على ظن أن حقوقه[(١٦)] تتعلق بالعاقد، فإذا ظهر خلافه[(١٧)] يتخير كما إذا عثر[(١٨)] على عيب[(١٩)].

(١٥) ويفهم جواز توكيل من كان فوقهما بالطريق الأولى. (ع)

(١) الحر العاقل البالغ أو المأذون.

(٢) كالقاضى وأمينه. (ك)

(٣) الحقوق.

(٤) قوله: "لأن الصبى إلخ" يعلم من هذا التعليل أن العبد إذا أعتق لزمه أيضًا العهدة، لأن المانع من لزومها حق المولى وقد زال، والصبى إذا بلغ لم يلزمه، لأن المانع قصور أهليته حيث لم يكن قوله ملزمًا فى حق نفسه فى ذلك الوقت، فلهذا لم يلزمه بعد البلوغ. (ع)

(٥) ولهذا لو أقر بالمال لزمه بعد الحرية، وصح إقراره بالحدود والقصاص. (ك)

(٦) التصرف.

(٧) التصرف.

(٨) دفعًا للضرر.

(٩) قوله: "ليس تصرفًا فى حقه" أى فى حق المولى، إذ صحة التوكيل تتعلق بعبارته وأهليته، والعبد يبقى على أصل الحرية فى ذلك، لأن صحة العبارة بكونه آدميًا. (عينى)

(١٠) قوله: "إلا أنه لا يصح منهما إلخ" جواب إشكال هو أنه يقال: إنهما لو كانا من أهل التصرف فينبغى أن يصح منهما التزام العهدة، فأجاب بقوله: إلا أنه إلخ. (عينى)

(١١) لعدم البلوغ.

(١٢) لئلا يلزم الضرر به.

(١٣) قوله: "فتلزم [الحقوق] الموكل" لأنه لما تعذر التزام العهدة بهما تعلق بأقرب الناس إليهما، وهو من انتفع بهذا التصرف وهو الموكل. (عينى)

(١٤) قوله: "أو مجنون [المراد به من يجن ويفيق. ع]" قيل: المراد بالمجنون الذى يعقل البيع والشراء، حتى يصح الإنابة، ويكون بمنزلة الصبى المحجور، وقيل: على حاشية نسخة المصنف محجور مقام قوله: مجنون، وفى "الكافى" للعلامة النسفى: وعن أبى يوسف أن المشترى إذا لم يعلم بحال البائع، ثم علم أنه صبى محجور، أو عبد محجور جاز له الفسخ، فالظاهر أن قوله: مجنون تصحيف. (ك)

(١٥) المشترى.

قال[١]: والعقد الذي يعقده الوكلاء[٢] على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه[٣] كالبيع[٤] والإجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل.

وقال الشافعي: تتعلق بالموكل، لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم، وهو الملك يتعلق بالموكل، فكذا توابعه، وصار كالرسول[٥] والوكيل[٦] في النكاح.

ولنا: أن الوكيل هو العاقد حقيقة[٧]، لأن العقد يقوم بالكلام، وصحة عبارته[٨] لكونه آدميًا[٩]، وكذا حكمًا[١٠]، لأنه يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل، ولو كان سفيرًا عنه[١١] لما استغنى عن ذلك[١٢] كالرسول[١٣]، وإذا كان كذلك كان أصيلا في الحقوق، فيتعلق حقوق العقد به، ولهذا[١٤] قال في الكتاب[١٥]:

ويسلم المبيع[١٦]، ويقبض الثمن، ويطالب بالثمن إذا اشترى، ويقبض المبيع ويخاصم

---

(١٦) العقد.

(١٧) الظن.

(١٨) اطلع المشترى.

(١٩) فله الخيار لعدم الرضا.

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) في العرف.

(٣) أي لا يحتاج فيه إلى الإضافة إلى الموكل. (ك)

(٤) قوله: "كالبيع" فإنه يقول: بعت هذا الشيء منك، ولا يقول: بعت منك من قبل فلان، وكذا غيره. (مجمع الأنهر)

(٥) هو أن يقول الرجل لآخر: كن رسولا عني في بيع عبدي. (ك)

(٦) فإن حقوق عقد النكاح تتعلق بالموكل. (عيني)

(٧) أي من حيث الحقيقة.

(٨) قوله: "وصحة إلخ" أي صحة عبارته، لا لكونه وكيلا بل لكونه آدميا عاقلا، فثبت أن مباشرة العقد بالولاية الأصلية الثابتة إلا أنه كان لا ينفذ تصرفه بهذه الولاية في محل هو مملوك للغير إلا برضا المالك، والتوكيل لتنفيذ حكم التصرف في المحل لا لإثبات الولاية، وغرض الموكل من التوكيل تحصيل حكم التصرف، فجعلناه ثابتًا في حق الحكم، وراعينا الأصل في حق الحقوق. (ك)

(٩) لأهلية الإيجاب، والاستيجاب. (ع)

(١٠) أي من حيث الحكم.

(١١) أي الموكل.

(١٢) أي إضافة العقد إليه.

(١٣) قوله: "كالرسول" فإنه لا يستغني عن إضافة العقد إلى المرسل.

(١٤) أي لكونه أصيلا في الحقوق.

(١٥) أي القدوري في "المختصر". (ع)

(١٦) إذا كان وكيلا بالبيع.

في العيب[١]، ويخاصم فيه[٢]؛ لأن كل ذلك من الحقوق[٣]، والملك يثبت للموكل[٤] خلافةً عنه[٥]؛ اعتبارًا للتوكيل السابق كالعبد يتّهب[٦] ويصطاد[٧]، ويحتطب[٨] هو الصحيح[٩]، قال[١٠]: وفي مسألة العيب تفصيل[١١] نذكره إن شاء الله تعالى. قال[١٢]: وكل عقد[١٣] يضيفه[١٤] إلى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد، فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر، ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها؛ لأن الوكيل فيها[١٥] سفير محض[١٦]، ألا ترى أنه لا يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل، ولو أضافه[١٧] إلى نفسه كان النكاح له، فصار[١٨] كالرسول[١٩]، وهذا[٢٠] لأن الحكم فيها[٢١] لا يقبل الفصل عن السبب[٢٢]،

---

(١) إذا باع.

(٢) إذا اشترى.

(٣) أي حقوق العقد.

(٤) قوله: "والملك إلخ" جواب سؤال مقدر، وهو أن يقال: كما يثبت الملك للموكل ينبغي أن يثبت الحقوق له كما قاله الشافعي. (عيني)

(٥) قوله: "خلافة عنه [لا أصالةً، كما زعم الشافعي]" أي ابتداء بدلا عنه لا أن يثبت للوكيل، ثم ينتقل إلى الموكل. (ك)

(٦) قوله: "كالعبد يتّهب [هبه قبول مى كند]" أي يقبل الهبة والصدقة، ويصطاد، فإن مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب. (نهاية)

(٧) الصيد.

(٨) احتطاب: هيمه جمع كردن.

(٩) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن طريقة الكرخي وهي أن الملك يثبت للوكيل لتحقق السبب من جهته، ثم ينتقل إلى الموكل، وإنما كان الأول هو الصحيح، لأن المشترى إذا كان منكوحة الوكيل أو قريبه لا يفسد النكاح، ولا يعتق عليه، ولو ملك المشترى لكان ذلك. (ع)

(١٠) أي المصنف.

(١١) قوله: "تفصيل" وهو ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله: وإذا اشترى الوكيل، ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع في يده، فإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه. (ك)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) في عرف أهل المعاملة. (مجمع الأنهر)

(١٤) أي لا يستغني فيه عن الإضافة إلى الموكل.

(١٥) أي في هذه العقود.

(١٦) قوله: "سفير محض" والسفير هو الذي يحكي قول الغير، ومن حكى حكاية الغير لا يلزمه أحكام قول الغير، كما إذا حكى قذف الغير لا يكون قاذفًا. (ك)

(١٧) العقد.

(١٨) الوكيل في النكاح وأمثاله. (ك)

لأنه إسقاط[١]، فيتلاشى[٢]، فلا يتصور[٣] صدوره[٤] من شخص، وثبوت حكمه لغيره، فكان سفيراً، والضرب الثاني من أخواته العتق على مال[٥]، والكتابة والصلح عن الإنكار[٦]. فأما الصلح[٧] الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الأول[٨]، والوكيل بالهبة[٩] والتصدق والإعارة والإيداع والرهن والإقراض سفير أيضاً؛ لأن الحكم فيها[١٠] يثبت بالقبض، وأنه يلاقي محلا مملوكًا للغير، فلا يجعل أصيلا، وكذا[١١] إذا كان الوكيل من جانب الملتمس[١٢]، وكذا الشركة[١٣]

---

(١٩) في باب البيع. (ك)

(٢٠) أي كونه كالرسول.

(٢١) أي في هذه العقود وهي النكاح وأمثاله.

(٢٢) قوله: "لا يقبل الفصل عن السبب [وهو العقد]" حتى لم يدخل فيها خيار الشرط، لأن الخيار يدخل على الحكم، فيوجب تراخيه عن السبب، وهذه العقود لا تحتمل تراخي الحكم. (ك)

(١) قوله: "لأنه إسقاط" أما غير النكاح فظاهر، وكذا النكاح، لأنها تسقط مالكيتها بعقد النكاح، ولأن الأصل في الإبضاع الحرمة، فكان النكاح إسقاطا للحرمة نظرا إلى الأصل. (ك)

(٢) أي يسقط.

(٣) قوله: "فلا يتصور إلخ" لأنه لا يجوز أن يسقط في حق الوكيل، ثم يسقط ثانيا في حق الموكل بالانتقال، لأن الساقط لا يعود إلا بسبب جديد، ولم يوجد، فجعلناه سفيراً بخلاف البيع، فإن حكمه يقبل الفصل عن السبب، كما في البيع بشرط الخيار، فجار أن يصدر السبب من شخص أصالة، ويقع الحكم لغيره. (ك)

(٤) على سبيل الأصالة. (ك)

(٥) صورته أن يوكل أحداً على أن يعتق عبده على مال. (عيني)

(٦) قوله: "والصلح عن الإنكار" جعل من هذه القبيل، لأن بدل الصلح بمقابلة دفع الخصومة في حق المدعى عليه. (عيني)

(٧) أي الصلح عن الإقرار.

(٨) لأنه مبادلة مال بمال، فكان كالبيع يتعلق حقوقه بالوكيل. (ع)

(٩) قوله: "والوكيل بالهبة" يعني إذا وكل رجلا بأن يهب عبده لفلان، والتصدق، أي وكل بأن يتصدق بماله، والإعارة بأن وكله أن يعير فلانًا، والإيداع بأن وكله أن يودع متاعه، والرهن بأن وكله أن يرهن متاعه، والإقراض، بأن وكله أن يقرض فلانًا. (عيني)

(١٠) قوله: "لأن الحكم فيها" أي في هذه العقود المذكورة، يثبت بالقبض أي بقبض الموهوب له والمتصدق عليه، ونظائرهما، وأنه أي وأن القبض يلاقي محلا مملوكًا للغير، أي لغير الوكيل فالحكم أيضًا يلاقي محلا مملوكًا لغير الوكيل، فلا يجعل، أي الوكيل أصيلا، لكونه أجنبيًا عن ذلك المحل، بخلاف التصرفات التي تقوم بالقول، ولا تتوقف على القبض كالبيع وغيره، فإن الوكيل يجب أن يكون فيها أصيلا، لأنه أصيل في التكلم، وكلامه مملوك له. (نت)

(١١) أي يكون سفيراً.

(١٢) قوله: "من جانب الملتمس" كما لو وكله بالاستعارة أو الارتهان أو الاستيهاب فالحكم والحقوق كلها تتعلق بالموكل. (ك)

(١٣) قوله: "وكذا الشركة [أي إذا وكل بعقد الشركة، أو المضاربة كانت الحقوق راجعة إلى الموكل لا إضافة.

والمضاربة إلا[1] أن التوكيل بالاستقراض باطل[2]، حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه[3].

قال[4]: وإذا طالب الموكل المشترى بالثمن[5]، فله أن يمنعه إياه، لأنه[6] أجنبى عن العقد، وحقوقه لما أن الحقوق[7] إلى العاقد.

فإن دفعه[8] إليه[9] جاز[10]، ولم يكن للوكيل أن يطالبه به ثانيًا؛ لأن نفس الثمن المقبوض حقه[11]، وقد وصل إليه، ولا فائدة فى الأخذ منه[12]، ثم الدفع إليه[13]، ولهذا لو كان للمشترى على الموكل دين يقع المقاصة، ولو كان له عليهما[14] دين يقع المقاصة[15] بدين الموكل أيضًا، دون دين الوكيل، وبدين الوكيل[16] إذا كان

ع]" أى الوكيل فى الشركة والمضاربة سفير يضيف العقد إلى الموكل لا إلى نفسه. (ك)

(١) استثناء من قوله: كذا إذا كان الوكيل من جانب إلخ.

(٢) قوله: "التوكيل بالاستقراض باطل" لا الرسالة. (درر) والتوكيل بقبض القرض صحيح. (الدر المختار)

قوله: "باطل" لأن المستقرض يلتزم بدل القرض فى ذمته، ولو قال: بع شيئًا من مالك على أن يكون ثمنه لى، لا يصح، فكذا إذا قال: التزم العشرة فى ذمتك على أن عوضه لى، فكان التوكيل بالاستقراض باطلا، وما استقراض الوكيل له أن يمنعه من الآمر، ولو هلك هلك من ماله. (ك)

(٣) فإنه يصح، بأن يقول: أرسلنى فلان إليك يستقرض منك، فيثبت الملك للمستقرض.

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) للمستقرض.

(٦) الموكل.

(٧) راجعة.

(٨) الثمن.

(٩) الموكل.

(١٠) قوله: "جاز" واعلم أن هذا فى غير الصرف، وأما فى الصرف فقبض الموكل لا يصح، لأن جواز البيع فى الصرف بالقبض، فكان القبض فيه بمنزلة الإيجاب والقبول، ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز، فكذا إذا ثبت له حق القبض، وقبض الموكل. (نت)

(١١) الموكل.

(١٢) الموكل.

(١٣) أى إلى الوكيل.

(١٤) أى على الوكيل والموكل.

(١٥) قوله: "يقع المقاصة إلخ" وإنما كان هذا لأن المقاصة إبراء بعوض، فيعتبر بالإبراء بغير عوض، ولو أبرأ المشترى عن الثمن بغير عوض، وخرج الكلامان معًا فالمشترى يبرأ ببراءة الآمر، ولا يبرأ ببراءة المأمور حتى لا يرجع الآمر على المأمور بشىء، فكذلك ههنا. (ك)

(١٦) قوله: "وبدين الوكيل إلخ" ولما استشعر أن يقال: المقاصة لا تدل على كون نفس الثمن حقًا للموكل دون الوكيل فإنها تقع بدين الوكيل إذا كان للمشترى دين على الوكيل وحده، أجاب بقوله: وبدين الوكيل إلخ. (نت)

وحده يقع المقاصة عند أبى حنيفة ومحمد، لما أنه يملك الإبراء[١] عنه[٢] عندهما، ولكنه[٣] يضمنه[٤] للموكل فى الفصلين[٥].

باب[٦] الوكالة بالبيع والشراء

فصل فى الشراء[٧]

قال[٨]: ومن وكل رجلا بشراء شيء[٩]، فلا بد من تسمية جنسه[١٠]، وصفته[١١] أو جنسه ومبلغ ثمنه[١٢]؛ ليصير الفعل الموكل به معلومًا[١٣]، فيمكنه الائتمار[١٤]، إلا[١٥] أن يوكله وكالة عامة[١٦]، فيقول: ابتع لى ما رأيت؛ لأنه فوض

---

(١) قوله: "لما أنه [الوكيل] يملك الإبراء" لأن الإبراء إسقاط حق القبض والقبض خالص حق الوكيل، حتى لا يمنعه الموكل عن ذلك. (ك)

(٢) أى عن الثمن.

(٣) الوكيل.

(٤) الثمن.

(٥) قوله: "فى الفصلين" أى فصلى المقاصة والإبراء، ولا يجوز للوكيل الإبراء عن الثمن فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى لأنه تصرف فى ملك الغير إذ الثمن ملك الموكل. (كفاية)

(٦) قوله: "باب" قدم من أبواب الوكالة ما هو أكثر وقوعًا، وأمس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء. (ع)

(٧) قوله: "فصل فى الشراء" قدم فصل الشراء على فصل البيع؛ لكونه أكثر وقوعًا وأمس حاجة، فإن أكثر الناس يوكل الآخر بالشراء فى مآكله ومشاربه وملابسه وغير ذلك من الأمور المهمة التى قلما يخلو الإنسان فى أوقاته عن الاحتياج إليها، ولا يقدر على أن يتولى شراءها بخلاف التوكيل فى باب البيع، كما لا يخفى. (نت)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) أى غير معين لأن فى المعين لا يحتاج إلى تسميته.

(١٠) قوله: "فلا بد من تسمية جنسه [كالجارية والعبد] إلخ" المراد بالجنس ههنا غير ما اصطلح عليه أهل المنطق، فإن الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة فى جواب ما هو كالحيوان والنوع، هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة فى جواب ما هو كالإنسان مثلا، والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضى كالهندى والتركى، والمراد ههنا بالجنس ما يشمل أصنافًا وهو النوع عى اصطلاح أولئك، وبالنوع الصنف. (ع)

قوله: "تسمية" الأصل أن الوكالة إن جهلت جهالة يسيرة وهى جهالة النوع المحض كفرس صحت، وإن كانت فاحشة، وهى جهالة الجنس كدابة بطلت، وإن كانت متوسطة كعبد، فإن بين الثمن والصفة كتركى صحت، وإلا لا. (در مختار)

(١١) أى نوعه كالتركى والحبشى. (ك)

(١٢) مثل أن يقول: عبدا بخمس مائة درهم. (ع)

(١٣) قوله: "ليصير الفعل إلخ" فإن ذكر الجنس مجردًا عن الوصف أو الثمن غير مفيد للمعرفة، فلا يتمكن الوكيل عن الايتمار بما أمر به، واعترض على قوله: ليصير الفعل الموكل به معلومًا، بأن الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء.
والجواب أن الفعل للموكل به فى هذا القسم ليس هو الشراء، بل هو نوع من جنسه إذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف إليه بخلاف القسم الآخر وهو الوكيل العام. (ع)

(١٤) الامتثال لأمر الموكل.

الأمر إلى رأيه[١]، فأى شيء يشتريه يكون ممتثلا[٢].

والأصل فيه[٣] أن الجهالة اليسيرة[٤] تتحمل فى الوكالة كجهالة الوصف استحسانًا[٥]، لأن مبنى التوكيل على التوسعة؛ لأنه[٦] استعانة، وفى اعتبار هذا الشرط[٧] بعض الحرج، وهو مدفوع[٨]، ثم إن كان اللفظ يجمع أجناسًا[٩]، أو ما هو[١٠] فى معنى الأجناس[١١] لا يصح التوكيل وإن[١٢] بين الثمن، لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس، فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة[١٣].

وإن كان جنسًا يجمع أنواعًا[١٤] لا يصح إلا ببيان الثمن أو النوع، لأنه بتقدير الثمن يصير النوع معلومًا[١٥]، وبذكر النوع تقل الجهالة، فلا يمنع[١٦] الامتثال، مثاله: إذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح؛ لأنه يشمل أنواعًا، فإن بين النوع كالتركى، أو الحبشى، أو الهندى، أو السندى، أو المولد[١٧] جاز[١٨]، وكذا[١٩] إذا بين الثمن لما

---

(١٥) استثناء من قوله: فلا بد إلخ.

(١٦) فلا يحتاج إلى ذكر الجنس.

(١) الوكيل.

(٢) لأمر الموكل ويقع عن الموكل.

(٣) أى فى باب الوكالة.

(٤) والجهالة الفاحشة هى جهالة الجنس بأن ذكر لفظا يدل على أجناس مختلفة.

(٥) قوله: "استحسانًا" والقياس يأباه لأن الوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء بأن يجعل الوكيل كالمشترى لنفسه، ثم كالبائع من الموكل، وفى ذلك الجهالة تمنع الصحة، فكذا فيما اعتبر به. (ع)

(٦) الوكالة.

(٧) أى عدم الجهالة اليسيرة.

(٨) شرعًا.

(٩) كالدابة أو الثوب. (ك)

(١٠) فى الاختلاف الفاحش.

(١١) كالدار والرقيق. (ك)

(١٢) الواو وصلية.

(١٣) فلا يقدر الوكيل على الامتثال.

(١٤) كالعبد والأمة.

(١٥) قوله: "يصير النوع معلومًا" قال بعض المشايخ: إن كان يوجد بما سمى من الثمن من كل نوع لا يصح ببيان الثمن ما لم يبين النوع، كذا فى "الذخيرة". (ك)

(١٦) الجهالة.

(١٧) قوله: "أو المولد" مولد شخصى عجمى كه در عرب پرورش يافته باشد، وشخصى دو تخمه چناچه پدرش از هند، ومادرش از حبش باشد. (غياث) فى "المغرب": المولدة التى ولدت فى بلاد الإسلام. (ك)

ذكرناه[١]، ولو بين النوع أو الثمن، ولم يبين صفة الجودة والرداءة والسطة[٢] جاز، لأنه جهالة مستدركة[٣]، ومراده من الصفة المذكورة[٤] في الكتاب[٥] النوع.

وفي "الجامع الصغير"[٦]: ومن قال لآخر: اشتر لي ثوبًا، أو دابةً، أو دارًا، فالوكالة باطلة[٧] للجهالة الفاحشة، فإن الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الأرض. وفي العرف يطلق على الخيل والحمار، والبغل، فقد جمع أجناسًا، وكذا الثوب؛ لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء[٨]، ولهذا[٩] لا يصح تسميته مهرًا، وكذا الدار تشمل ما هو في معني الأجناس[١٠]، لأنها[١١] تختلف اختلافًا فاحشًا[١٢] باختلاف الأغراض والجيران، والمرافق[١٣]، والمحال، والبلدان، فيتعذر الامتثال[١٤]. قال[١٥]: وإن سمى ثمن الدار، ووصف جنس الدار، والثوب[١٦] جاز[١٧]، معناه نوعه[١٨]، وكذا[١٩] إذا سمى نوع الدابة بأن قال: حمارًا[٢٠]

---

(١٨) التوكيل.

(١٩) جاز.

(١) من أن بتقدير الثمن يصير النوع معلومًا. (ك)

(٢) قوله: "والسطة" هو من الوسط كالعدة من الوعد في أن التاء عوض في آخرها من الواو الساقطة من أولها في المصدر، والفعل من حد ضرب. (ن)

(٣) أي يمكن دركها بالنظر إلى حال الموكل. (نهاية)

(٤) قوله: "ومراده [أي القدوري] إلخ" ليوافق كلامه القاعدة الشرعية، وما صرح به في كتب سائر المشايخ. (نت)

(٥) المختصر.

(٦) قوله: "وفي "الجامع الصغير" إلخ" فائدة ذكر وضع "الجامع الصغير" بيان اشتمال لفظه على أجناس مختلفة. (ع)

(٧) قوله: "باطلة" وإن بين الثمن، وقد ذكرناه، ولما بطلت الوكالة كان الشراء واقعًا على الوكيل، وبه صرح في نسخ "الجامع الصغير". (ن)

(٨) قوله: "من الأطلس إلى الكساء" أي من الأرفع من الثياب إلى أدونها. (عيني)

(٩) أي للجهالة الفاحشة وكونه متناولا للملبوس من الاطلس إلى الكساء.

(١٠) قوله: "تشمل ما هو في معنى إلخ" يعني أن الدار وإن لم تجمع أجناسًا مختلفة حقيقة إلا أنها تجمع ما هو في معنى الأجناس. (نت)

(١١) الدار.

(١٢) قوله: "اختلافًا فاحشًا" لاختلافها بالطول والعرض في السكة والبيوت والمرافق، وقرب الماء وبعده، والجيران وغيرها، وكانت الدار لاختلافها فيما ذكر بمنزلة ما يشمل أجناسًا. (مل)

(١٣) المنافع.

(١٤) لأمر الآمر بشراء الدار مطلقًا.

(١٥) محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(١٦) أي سمى ثمنه ووصف جنسه.

ونحوه[١]. قال[٢]: ومن دفع إلى آخر[٣] دراهم[٤]، وقال: اشتر لى بها طعامًا فهو على الحنطة ودقيقها استحسانًا، والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما فى اليمين[٥] على الأكل، إذ الطعام اسم لما يطعم.

وجه الاستحسان أن العرف أملك[٦]، وهو على ما ذكرناه[٧]، إذا ذكر[٨] مقرونًا بالبيع والشراء، ، ولا عرف فى الأكل[٩]، فبقى على الوضع.

وقيل[١٠]: إن كثرت الدراهم فعلى الحنطة[١١]، وإن قلت فعلى الخبز، وإن كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق.

---

(١٧) لأن التفاحش يرتفع بذكر الوصف والثمن.

(١٨) قوله: "معناه نوعه" تقييده بذكر نوع الدار مخالف لرواية "المبسوط"، فقال: فيه وإن وكله بأن يشترى له دارًا، ولم يسم ثمنًا لم يجز ذلك، ثم قال: وإن سمى الثمن جاز، لأن تسمية الثمن تصير معلومة عادة، وإن بقيت جهالة فهى يسيرة مستدركة، والمتأخرون من مشايخنا يقولون: فى ديارنا لا يجوز إلا ببيان المحلة. (ن)

(١٩) قوله: "وكذا" أى يصح التوكيل بشراء الحمار وإن لم يسم الثمن لأن الجنس صار معلومًا بالتسمية، وإنما بقيت الجهالة فى الوصف، فيصح الوكالة بدون تسمية الثمن. فإن قيل: لا كذلك، فالحمير أنواع منها ما يصلح لركوب العظماء، ومنها ما لا يصلح إلا للحمل عليه، قلنا: هذا اختلاف الوصف مع أن ذلك يصير معلومًا بمعرفة حال الموكل حيث قالوا: إن القاضى إذا أمر إنسانًا أن يشترى له حمارًا ينصرف إلى ما يركب مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الأذنين لا يجوز، وقد صح أن النبى عليه السلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة الأضحية. (ك)

(٢٠) قوله: "حمارًا" هذا مخالف لما قال فى باب المهر من أن الحمار جنس، كذا فى "نتائج الأفكار".

(١) كالبغل.

(٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(٣) قوله: "ومن دفع إلى آخر" قيد بالدفع لأنه إذا لم تدفع الدراهم، وقال: اشتر لى حنطةً أو شعيرًا لم يجز لأنه لم يبين المقدار، وجهالة المقدار فى المكيلات كجهالة الجنس. (عينى)

(٤) سواء كانت الدراهم قليلة أو كثيرة. (نت)

(٥) إذا حلف لا يأكل طعاما فأكل فاكهة يحنث. (عينى)

(٦) أى أقوى وأرجح بالاعتبار من القياس. (ع)

(٧) قوله: "وهو على ما ذكرناه" أى على الحنطة ودقيقها، قيل: هذا فى عرف أهل الكوفة، فإن سوق الحنطة ودقيقها يسمى سوق الطعام، فأما فى عرف غير أهل الكوفة فينصرف إلى شراء كل مطعوم، وبعض مشايخ ماوراء النهر قالوا: إن الطعام فى عرف ديارنا ما يمكن أكله من غير إدام كاللحم المطبوخ والمشوى، ونحوه، فيصرف إليه التوكيل دون الحنطة والدقيق والخبز، قال الصدر الشهيد: وعليه الفتوى، كذا فى "الذخيرة". (ك)

(٨) الطعام.

(٩) أى فى اليمين بالأكل.

(١٠) القائل الفقيه أبو جعفر.

(١١) قوله: "فعلى الحنطة" إلا أن يكون ثمه وليمة، فعلى الخبز وإن كثرت، والقلة مثل درهم إلى ثلاثة والوسط مثل أربعة إلى خمسة أو سبعة. (كفاية)

قال[١]: وإذا اشترى الوكيل، وقبض، ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع فى يده؛ لأنه[٢] من حقوق العقد، وهى[٣] كلها إليه، فإن سلمه[٤] إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه[٥]؛ لأنه انتهى حكم الوكالة، ولأن فيه[٦] إبطال يده الحقيقية[٧]، فلا يتمكن منه[٨] إلا بإذنه[٩]، ولهذا[١٠] كان خصمًا لمن يدعى فى المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم إلى الموكل لا بعده.

قال[١١]: ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم؛ لأنه عقد يملكه[١٢] بنفسه فيملك التوكيل به دفعا للحاجة على ما مر[١٣]، ومراده التوكيل بالإسلام[١٤] دون قبول السلم؛ لأن ذلك لا يجوز[١٥]، فإن الوكيل يبيع طعامًا[١٦] فى ذمته[١٧] على أن يكون الثمن لغيره، وهذا لا يجوز.

فإن[١٨] فارق الوكيل[١٩] صاحبه[٢٠] قبل القبض[٢١] بطل العقد[٢٢]؛ لوجود

(١) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٢) الرد بالعيب.

(٣) حقوق.

(٤) المبيع.

(٥) الموكل.

(٦) الرد.

(٧) الموكل.

(٨) الإبطال.

(٩) الموكل.

(١٠) قوله: "ولهذا" أى لما ذكرنا من الأدلة على جواز الرد فى صورة وعدم جوازه فى أخرى. (نت)

(١١) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٢) الموكل.

(١٣) فى أول كتاب الوكالة. (نهاية)

(١٤) قوله: "التوكيل بالإسلام" أى يصح التوكيل بالإسلام من رب السلم، ولا يصح من المسلم إليه، فيقول: أسلم فى كذا، أى اشتر لى بالسلم، وإنما لم يصح توكيل المسلم إليه لأنه لو صح التوكيل يجب أن يكون بيع الوكيل طعامًا فى ذمة نفسه على أن يكون الثمن لموكله، وهو المسلم إليه، وذلك لا يجوز، فإن من باع ملك نفسه من الأعيان على أن الثمن بغيره لا يجوز، وكذلك فى الديون. (ك)

(١٥) قوله: "لأن ذلك لا يجوز" أى باطل، وإذا بطل التوكيل كان الوكيل عاملا لنفسه، فيجب الطعام فى ذمته، ورأس المال مملوك له. (نهاية)

(١٦) قوله: "فإن الوكيل إلخ" على أن القياس أن لا يملك المسلم إليه قبول عقد السلم لأنه بيع المعدوم إلا أنه جوز ذلك من المسلم إليه رخصةً له، ودفعًا لحاجة المفاليس، وما ثبت بخلاف القياس يقتصر على مورد النص، فلم يجز توكيله غيره. (ب)

(١٧) فإن حقوق العقد راجعة إليه.

الافتراق من غير قبض[١]، ولا يعتبر مفارقة الموكل[٢]؛ لأنه ليس بعاقد، والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل، فيصح قبضه[٣] وإن[٤] كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه، بخلاف الرسولين[٥]؛ لأن الرسالة في العقد[٦] لا في القبض، وينتقل كلامه[٧] إلى المرسل، فصار قبض الرسول قبض غير العاقد، فلم يصح[٨]. قال[٩]: وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله، وقبض المبيع فله أن يرجع به[١٠] على الموكل[١١]؛ لأنه انعقدت بينهما[١٢] مبادلة حكمية[١٣]، ولهذا[١٤] إذا اختلفا[١٥] في الثمن[١٦] يتحالفان، ويرد الموكل[١٧] بالعيب على الوكيل[١٨]، وقد

---

(١٨) هذا لفظ القدوري. (عيني)

(١٩) أي في الصرف والسلم. (ك)

(٢٠) الذي عقد معه.

(٢١) أي قبل أن يقبض بدل الصرف، وأن يقبض المسلم إليه رأس المال.

(٢٢) قوله: "بطل العقد" هذا إذا كان الموكل غائبًا عن مجلس العقد، وأما إذا كان حاضراً في مجلس العقد يصير كأن الموكل صارف بنفسه، فلا يعتبر مفارقة الوكيل. (نهاية)

(١) والقبض في المجلس شرط [فإن قبض المسلم إليه رأس المال شرط بالنص]. (عيني)

(٢) أي قبل القبض.

(٣) قوله: "فيصح قبضه" أي يصح قبض الوكيل سواء تعلق به الحقوق كالبالغ والعبد المأذون، أو لم يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه، وهذا دفع سؤال، وهو أن الصبي المحجور والعبد المحجور إذا توكلا من آخر يصح، ولا يرجع عليهما حقوق العقد من التسليم والتسلم بل يرجع على موكلهما، فكيف يتعلق الحقوق ههنا بالصبي المحجور، والعبد المحجور، حتى بطل الصرف والسلم بمفارقتهما قبل قبض البدل دون مفارقة موكلهما. (ك)

(٤) الواو وصلية.

(٥) قوله: "بخلاف الرسولين [أي الرسول في باب الصرف والسلم]" مرتبط بقوله: فيصح قبضه، أي يصح قبض الوكيل بخلاف قبض الرسول، فإنه لا يصح. (عيني)

(٦) وقد حصلت.

(٧) الرسول.

(٨) قبض الرسول.

(٩) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٠) الثمن.

(١١) أي ليس هذا تبرعًا.

(١٢) أي بين الوكيل والموكل.

(١٣) أي الوكيل من الموكل كالبائع من المشتري.

(١٤) أي للمبادلة الحكمية.

(١٥) قوله: "إذا اختلفا إلخ" إذا اختلف المتبايعان، فادعى أحدهما ثمنًا وادعى البائع أكثر منه، فإن لم يكن لأحدهما بينة، ولم يرض أحدهما بما يقول به الآخر حلف كل واحد منهما، فإن نكل أحدهما لزمه دعوى الآخر، وإن

سلم المشترى للموكل من جهة الوكيل، فيرجع عليه[١]، ولأن الحقوق لما كانت إليه[٢]، وقد علمه الموكل، فيكون[٣] راضيًا بدفعه[٤] من ماله.

فإن هلك المبيع فى يده[٥] قبل حبسه[٦] هلك من مال الموكل، ولم يسقط الثمن[٧]؛ لأن يده كيد الموكل فإذا لم يحبسه يصير الموكل قابضًا بيده، وله أن يحبسه[٨] حتى يستوفى الثمن؛ لما بينا، أنه بمنزلة البائع من الموكل[٩].

وقال زفر: ليس له ذلك[١٠] لأن الموكل صار قابضا بيده، فكأنه سلمه[١١] إليه، فيسقط حق الحبس. قلنا[١٢]: هذا مما لا يمكن التحرز عنه، فلا يكون[١٣] راضيًا بسقوط حقه فى الحبس على أن[١٤] قبضه[١٥] موقوف، فيقع[١٦] للموكل إن لم يحبسه، ولنفسه

حلفا فسخ القاضى البيع بينهما. (مل)

(١٦) المقدار.

(١٧) المبيع.

(١٨) بالشراء.

(١) أى على الموكل.

(٢) قوله: "ولأن الحقوق إلخ" تحقيقه أن التبرع إنما يتحقق إذا كان الدفع بغير إذن الموكل، والإذن ثابت ههنا دلالة، لأن الموكل لما علم أن الحقوق ترجع إلى الوكيل، ومن جملتها الدفع علم أنه مطالب بالدفع بقبض المبيع، فكان راضيا بذلك آمراً به دلالة. (ع)

(٣) الموكل.

(٤) الثمن.

(٥) الوكيل.

(٦) للثمن.

(٧) فلا يبطل الرجوع. (ع)

(٨) قوله: "يحبسه" أى سواء كان الوكيل دفع الثمن إلى البائع، أو لم يدفع، كذا فى "المبسوط". (ك)

(٩) وللبائع حق الحبس. (ع)

(١٠) حق الحبس.

(١١) قوله: "سلمه" أى سلم الوكيل المشترى إلى الموكل، فسقط حق الحبس أيضاً، إذ لو وقع فى يد الموكل حقيقة لا يكون للوكيل حق الحبس، فكذا إذا وقع فى يده حكما. (مل)

(١٢) قوله: "قلنا: هذا" يعنى قبض الوكيل على وجه يصير الموكل به قابضاً مما لا يمكن التحرز عنه للوكيل، وما لا يمكن التحرز عنه يجعل عفوا، فكان فى حكم العدم، فلم يكن دليل سقوط حقه فى الحبس، لأن سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه، ولا يتحقق عنه الرضا فى ما لا طريق له إلى التحرز عنه، وإنما جعل يد الوكيل يد الموكل حكمًا فى حكم هلاك المبيع، حتى هلك من مال الموكل، ولم يسقط الثمن عنه لا فى حق عدم ولاية الحبس له بالثمن. (ك)

(١٣) الوكيل.

(١٤) أى لا نسلم أن الموكل صار قابضاً بل قبضه إلخ.

(١٥) الوكيل.

عند حبسه. فإن حبسه[١] فهلك[٢] كان مضموناً[٣] ضمان الرهن[٤] عند أبي يوسف رح[٥]، وضمان البيع[٦] عند محمد رح[٧]، وهو قول أبي حنيفة، وضمان الغصب[٨] عند زفر[٩]، لأنه[١٠] منع بغير حق[١١]. لهما أنه[١٢] بمنزلة البائع[١٣] منه[١٤]، فكان حبسه لاستيفاء الثمن، فيسقط[١٥] بهلاكه[١٦].
ولأبي يوسف أنه مضمون بالحبس للاستيفاء[١٧] بعد[١٨] أن لم يكن[١٩]،

---

(١٦) القبض.

(١) أي الوكيل المبيع.

(٢) عند الوكيل.

(٣) قوله: "كان مضموناً إلخ" حتى لو كان فيه وفاء بالثمن يسقط، وإلا رجع بالفضل على الموكل. (عيني)

(٤) قوله: "ضمان الرهن" فيعتبر الأقل من قيمته ومن الدين، وهو الثمن، فإذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة. (ع)

(٥) فلا يرجع أحدهما على الآخر. (ك)

(٦) أي يسقط الثمن قليلا كان أو كثيراً. (ع)

(٧) لم يذكر قول أبي حنيفة في القدوري.

(٨) قوله: "وضمان الغصب" يعني يجب مثله، أو قيمته بالغة ما بلغت، قال في "العناية": فلا يرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر، ويرجع الموكل على الوكيل إن كانت قيمته أكثر، انتهى.
وقال الشارح تاج الشريعة: فيرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر، ويرجع الموكل على الوكيل إن كانت قيمته أكثر، انتهى، وهو المفهوم مما ذكر صدر الشريعة في شرح الوقاية، وهو الظاهر عندي على قول زفر. (نتائج)

(٩) قوله: "عند زفر" فإن كان الثمن مساويا للقيمة فلا اختلاف، وإن كان الثمن عشرة، والقيمة خمسة عشر، فعند زفر يضمن خمسة عشر، لكن يرجع الموكل على الوكيل بخمسة، وعند الباقين يضمن عشرة، وإن كان بالعكس فعند زفر يضمن عشرة، ويطلب الخمسة من الموكل، وكذا عند أبي يوسف، لأن الرهن يضمن بالأقل من قيمته والدين، وعند محمد يكون مضموناً بالثمن، وهو خمسة عشر ابن كمال. (رد المحتار)

(١٠) الحبس.

(١١) إذ ليس له حق الحبس.

(١٢) الوكيل.

(١٣) قوله: "بمنزلة البائع إلخ" واعترض بأنه لو كان كذلك لزم الضمان حبس أو لم يحبس، لأن المبيع مضمون على البائع وإن لم يحبسه، وأجيب بأنه إذا حبس تعين أنه بالقبض كان عاملا لنفسه، فيقوى جهة كونه بائعاً، فلزم الضمان، أما إذا لم يحبس نقيضه لموكله، فأشبه الرسول، فهلك عنده أمانة. (ع)

(١٤) الموكل.

(١٥) الثمن.

(١٦) المبيع.

(١٧) أي أنه يحبسه ليستوفي ما أدى عنه من الثمن. (ك)

(١٨) قوله: "بعد أن لم يكن" لأنه لم يكن مضموناً قبل الحبس وصار مضموناً بعد الحبس. (عيني)

(١٩) مضموناً. (ك)

وهو[١] الرهن بعينه، بخلاف المبيع[٢]، لأن البيع ينفسخ بهلاكه[٣]، وههنا لا ينفسخ أصل العقد[٤]، قلنا: ينفسخ[٥] في حق الموكل والوكيل، كما إذا ردّه الموكل بعيب[٦]، ورضي الوكيل به.

قال[٧]: وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم، فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه[٨] عشرة أرطال بدرهم لزم الموكل منه[٩] عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة رح، وقالا: يلزمه العشرون بدرهم، وذكر في بعض النسخ[١٠] قول محمد مع قول أبي حنيفة ومحمد، لم يذكر الخلاف في الأصل[١١]. لأبي يوسف أنه أمره[١٢] بصرف الدرهم في اللحم، وظن أن سعره[١٣] عشرة أرطال، فإذا اشترى[١٤] به[١٥] عشرين فقد زاده خيرًا، وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف، فباعه بألفين.

---

(١) أي الحبس للاستيفاء حكم الرهن.

(٢) قوله: "بخلاف المبيع" هذا النفي قولهما، يعني إن المشترى المحبوس ههنا ليس كالمبيع، لأن البيع إلخ. (نتائج)

(٣) عند البائع.

(٤) أي الذي بين البائع والوكيل.

(٥) بيع.

(٦) قوله: "كما إذا رده إلخ" إذا وجد الوكل عيبًا بالمشترى، فرده إلى الوكيل، ورضى الوكيل به، فإنه يلزم الوكيل، وينفسخ العقد بينه وبين الموكل، وإن لم ينفسخ بينه وبين بائعه. (نتائج)

(٧) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٨) قوله: "من لحم يباع إلخ" أي كانت عشرة أرطال من ذلك اللحم لتساوى قيمته درهمًا قيد به لأنه إذا كان عشرون رطلا من لحم تساوى درهمًا نفذ الكل على الوكيل بالإجماع للمخالفة. (عيني)

(٩) قوله: "لزم الموكل إلخ" فإن قيل: ينبغي أن لا يلزم الآمر عشرة بنصف درهم عنده، لأن هذه العشرة تثبت ضمنًا للعشرين لا قصدًا، وهو قد وكله بشراء عشرة قصدًا، ومثل هذا لا يجوز على قوله: كما إذا قال لرجل طلق امرأتي واحدة، فطلقها ثلاثا لا تقع واحدة لثبوتها في ضمن الثلث، والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلايثبت ما في ضمنه أيضًا تبعًا له. قلنا: ذلك مسلم في الطلاق لأن المتضمن لم يثبت أصلا لا من الموكل لعدم التوكيل به، ولا من الوكيل لعدم شرطه، لأن المرأة امرأة للموكل لا امرأة الوكيل، وأما ههنا إذا لم يثبت الشراء من الموكل يثبت من الوكيل، لأن الشراء إذا وجد نفاذًا لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل كما في سائر الصور التي خالف الوكيل بالشراء، فلما ثبت التضمن وهو العشرون ثبت ما في ضمنه، وهو العشرة إلا أن الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهم، وهو مخالف إلى خير، فلا تكون مخالفة، فينفذ على الموكل. (ك)

(١٠) أي نسخ مختصر القدوري. (نت)

(١١) قوله: "في الأصل" أي في "المبسوط" في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء فقال فيه: لزم الآمر منها عشرة بنصف درهم والباقي للمأمور. (ع)

(١٢) الوكيل.

(١٣) سعر -بالكسر-: نرخ. (من)

(١٤) الوكيل.

ولأبى حنيفة أنه أمره[(١)] بشراء عشرة[(٢)]، ولم يأمره بشراء الزيادة، فنفذ شراءها عليه[(٣)]، وشراء العشرة على الموكل[(٤)]، بخلاف ما استشهد به[(٥)]، لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل[(٦)]، فتكون[(٧)] له، بخلاف ما إذا اشترى[(٨)] ما يساوى عشرين رطلا بدرهم حيث يصير[(٩)] مشتريًا لنفسه بالإجماع، لأن الأمر يتناول السمين[(١٠)]، وهذا مهزول[(١١)]، فلم يحصل مقصود الآمر.

قال[(١٢)]: ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له أن يشتريه لنفسه[(١٣)]؛ لأنه[(١٤)] يؤدى إلى تعزير الآمر حيث اعتمد[(١٥)] عليه، ولأن فيه[(١٦)] عزل[(١٧)] نفسه، ولا يملكه

---

(١٥) الدرهم.

(١) الوكيل.

(٢) أى بشراء قدر مسمى. (ك)

(٣) الوكيل للمخالفة.

(٤) قوله: "على الموكل [لأنه أتى بالمأمور به]" هذا بخلاف ما إذا أمره أن يشترى له ثوبًا هرويًا بعشرة، فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوى بعشرة حيث لا ينفذ واحد منهما على الآمر عند أبى حنيفة، لأن اللحم من ذوات الأمثال فى الصحيح، فلا تفاوت إذا بين عشرة للآمر، وبين عشرة للوكيل. بخلاف الثوب فإنه من ذوات القيم، فلا يثبت المساواة بين الثوبين إلا بالقيمة، والقيمة تختلف باختلاف المقومين، فلا يتعين حق الموكل فى واحد منهما، وإلى هذا إشارة فى التتمة فى التعليل حيث قال: لأنى لا أدرى أيهما أعطيه بحصة من العشرة، لأن القيمة لا تعرف إلا بالحزر والظن. (ك)

(٥) جواب عن تمثيل أبى يوسف. (ع)

(٦) قوله: "بدل ملك إلخ" ورد بأن الدرهم ملك الموكل، فيكون الزيادة ملكه، فلا فرق بينهما حينئذ، والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل، فكان الفرق ظاهراً، والحاصل أن ذلك قياس المبيع على الثمن، وهو فاسد لوجود الفارق، وأصل ذلك أن الألف الزائد لا يفسد بطول المكث، بخلاف اللحم، ويجوز صرفها إلى حاجة أخرى بآخرة، وقد يتعذر ذلك فى اللحم فيتلف. (ع)

(٧) الزيادة.

(٨) هذا متعلق بأصل المسألة. (نت)

(٩) الوكيل.

(١٠) أى اللحم السمين.

(١١) لاغر.

(١٢) أى القدورى. (نت)

(١٣) قوله: "فليس له [الوكيل] إلخ" سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه، أو صرح بالشراء لنفسه، بأن قال: اشهدوا أنى قد اشتريت لنفسه، وهذا إذا كان الموكل غائبًا، فإن كان حاضراً، أو صرح الوكيل بالشراء لنفسه يصير مشتريًا لنفسه، كذا فى التتمة. (ك)

(١٤) أى لأن شراءه لنفسه.

(١٥) الآمر.

(١٦) أى فى شراءه لنفسه.

على ما قيل[١] إلا بمحضر من الموكل، فلو كان الثمن مسمى[٢]، فاشترى بخلاف جنسه[٣]، أو لم يكن[٤] مسمى، فاشترى بغير[٥] النقود[٦]، أو وكل[٧] وكيلا بشراءه، فاشترى الثانى[٨] وهو[٩] غائب يثبت الملك للوكيل الأول فى هذه الوجوه، لأنه خالف أمر الآمر[١٠]، فنفذ[١١] عليه، ولو اشترى الثانى[١٢] بحضرة الوكيل الأول نفذ[١٣] على الموكل الأول، لأنه حضره رأيه، فلم يكن مخالفًا[١٤].

قال[١٥]: وإن وكله بشراء عبد بغير عينه، فاشترى[١٦] عبدًا، فهو للوكيل، إلا أن يقول: نويت الشراء للموكل، أو يشتريه بمال الموكل.

قال رضى الله عنه[١٧]: هذه المسألة على وجوه: إن أضاف[١٨] العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر، وهو المراد[١٩] عندى بقوله: أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من

---

(١٧) عن الوكالة.

(١) قوله: "ولا يملكه إلخ" لأنه فسخ عقد، فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود. (ع)

(٢) بأن وكله بالشراء بثمن مسمى.

(٣) أى جنس المسمى بأن سمى دراهم، فاشترى بدنانير.

(٤) الثمن.

(٥) كالمكيل والموزون.

(٦) الدراهم والدنانير.

(٧) الوكيل.

(٨) أى وكيل الوكيل.

(٩) الوكيل الأول.

(١٠) قوله: "خالف أمر الآمر" وهو الموكل، أما إذا اشترى بخلاف جنس ما سمى فظاهر، وأما إذا اشترى بغير النقود فلأن المتعارف نقد البلد والأمر ينصرف إليه، وأما إذا وكل وكيلا بشراءه فلأنه مأمور بأن يحضره رأيه، ولم يتحقق ذلك حال غيبته. (نت)

(١١) الشراء.

(١٢) أى وكيل الوكيل.

(١٣) الشراء.

(١٤) قوله: "فلم يكن مخالفًا" وهذا بخلاف الوكيل بالطلاق، فإنه لو طلق الثانى بحضرة الأول لا يقع، لأن فعل الأول حصل بمنزلة الشرط لوقوع الطلاق، فلا يقع بدونه، ولا كذلك ههنا، لأنه من قبيل الإثباتات، فلا يكون قابلا للتعليق، والمعنى فى المسألة أنه أمكن له عزل نفسه بغيبة الموكل فى ضمن المخالفة لا فى ضمن الموافقة. (ك)

(١٥) أى القدوري. (نت)

(١٦) الوكيل.

(١٧) أى المصنف.

(١٨) الوكيل.

مـاله، لأن فيـه تفـصيـلا[١] وخـلافًا[٢]، وهذا بـالإجـمـاع[٣]، وهو مطلق، وإن أضـافه[٤] إلى دراهم نفسه كـان لنفسه حمـلا لحاله[٥] على ما يحل له شرعًا[٦]، أو يفعله عادة، إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر[٧] شرعًا وعرفًا.

وإن أضـافـه[٨] إلى دراهم مطلقة[٩]، فـإن نواها للآمـر فـهـو للآمـر، وإن نواها لنفسه فلنفسه، لأن له[١٠] أن يعمل لنفسه[١١]، ويعمل[١٢] للآمر فى هذا التوكيل[١٣]، وإن تكاذبا[١٤] فى النية[١٥] يحكم النقد بالإجماع، لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا[١٦]،

---

(١٩) قوله: "وهو المراد" أى المراد بقـوله: أو يشتريه بمال الموكـل أن يضيف العقد إلى دراهم الموكل لا أن ينقد من مال الموكل من غير أن يضيف العقد إليه. (ك)

(١) قوله: "لأن فـيه تفـصيـلا إلخ" أراد بالتفصيل فى قـوله: لأن فيه تفـصيلا صورتى التكاذب والتـوافق، وبالخلاف الخلاف الواقع فى صـورة التوافق فـالمعنى أن فى النقد من مـال الموكل تفصيـلا، فإنه إذا نقـد من ماله، فإن تكاذبـا فى النية يحكـم النقـد بالإجمـا ع، وإن توافقا عـلى أنه لم تحضـره النية فعنـد محمـد هو للعاقد، وعند أبى يوسف يحكم النقد أيضًا.

(٢) قوله: "وخـلافًا" فإنه إذا نقـد من ماله، وتوافقـا على عدم النيـة لأحدهما، فعند محـمد: هو للعـاقد، وعند أبى يوسف: يحكم النقـد بخلاف الإضافة إلى دراهم الآمر، فإنه لا تفصيل ولا خلاف فيها فكان حمل القدورى عليها أولى. (نت)

(٣) قوله: "وهـذا بالإجـمـاع" أى لو أضاف العقد إلى دراهم الموكل يقع العقد للموكل بالإجـماع وهو مطلق، أى قوله: أو يشتريه بمال الموكل مطلق، أى مذكور من غير خلاف، فيـحمل على الصورة المجمع عليها، وهو أن يضيف العقد إلى مال الموكل. (ك)

(٤) الوكيل العقد.

(٥) قـوله: "حـمـلا لحاله [الوكـيل] إلخ" هذا تمسك بدلالة الشـرع والصرف بعـد ذكر المسـألتين إضافة العقـد إلى دراهم آمره، وإضافة العقد إلى دراهم نفسه، فالتمسك بدلالة العرف والعادة شامل للقسمين إذ العرف مستمر بأن مضيف العقـد إلى دراهم نفسه مـشترٍ لنفسه، والمضيف إلى دراهـم آمره مشترٍ لآمره. فأمـا التمسك بدلالـة الشرع إنما يرجع إلى المسألة الأولى خاصةً، إذا الشراء نفسه بإضافـة العقد إلى مال غيـر حرام، ولكن الشراء لغيره بإضافة العقد إلى مـال نفسه ليس بحرام. (ك)

قوله: "حـملا لحاله إلخ" يجـوز أن يكون التعليـلان للمسألة الأولى، والحكم فى المسـألة الثانية يثبت بطريق الدلالة، لأنه كما لا يحل له أن يشتـرى لنفسه، ويضيف العقد إلى دراهم غيره شرعًا، فكذا لا يحل له أن يشترى لغيـره، ويضيفه إلى دراهم نفسه. وأما العادة فجارية على أنه لا يشترى لغيره، ويضيفه إلى دراهم نفسه، وكذ اعلى العكس. (تاج الشريعة)

(٦) قوله: "على مـا يحل له إلخ" لأنه لما أضاف العقـد إلى دراهم الآمر يقع له لأنه لو لم يقع له كان واقـعًا للوكيل، وإذا كان وقع العقد للوكيل كان غاصبًا لدراهم الآمر، وهو لا يحل شرعًا. (عينى)

(٧) قبيح.

(٨) العقد.

(٩) من غير إضافة إلى دراهم أحد.

(١٠) الوكيل.

(١١) أصالة.

(١٢) وكالة.

(١٣) أى التوكيل بشراء عبد بغير عينه. (عينى)

وإن توافقا[١] على أنه لم تحضره النية[٢].

قال محمد: هو للعاقد، لأن الأصل أن كل واحد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت[٣] جعله[٤] لغيره، ولم يثبت، وعند أبي يوسف يحكم النقد فيه، لأن ما أوقعه[٥] مطلقًا[٦] يحتمل الوجهين[٧]، فيبقى موقوفًا، فمن أي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه[٨]، ولأن مع تصادقهما[٩] يحتمل النية[١٠] للآمر، وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح[١١]، كما في حالة التكاذب، والتوكيل بالإسلام في الطعام[١٢] على هذه الوجوه[١٣].

قال[١٤]: ومن أمر رجلا بشراء عبد[١٥] بألف، فقال[١٦]: قد فعلت، ومات[١٧]

---

(١٤) قوله: "وإن تكاذبا" أي إن اختلفا فقال الوكيل: نويت لنفسي، وقال الموكل: نويت لي، حكم النقد بالإجماع، فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له، لكونه دلالة ظاهرة على ذلك، لما مر من حمل حاله على ما يحل له شرعًا. (ف)

(١٥) بأن قال الموكل: اشتريته لي، وقال الوكيل: اشتريته لنفسي. (عيني)

(١٦) هو قوله: حملا لحاله على ما يحل إلخ.

(١) الوكيل والموكل.

(٢) وقت الشراء.

(٣) بالإضافة إلى مال الغير أو بالنية والفرض عدمه. (ف)

(٤) العمل.

(٥) الوكيل.

(٦) من غير النية.

(٧) وقوع الشراء للموكل ووقوعه للوكيل.

(٨) المال.

(٩) أي على أنه لم يحضره النية.

(١٠) لاحتمال أن يكون نوى الآمر ثم نسيه. (عيني)

(١١) قوله: "وفيما قلناه [من تحكيم النقد] حمل حاله [الوكيل] إلخ" لأنه لو قلنا بأن العقد يقع له وإن نقد من مال الآمر يكون غاصبا، فقلنا: يقع للموكل إذا نقد من ماله حملا لحاله على الصلاح. (كفاية)

(١٢) قوله: "والتوكيل بالإسلام إلخ" إنما خصه بالذكر مع أنه يستفاد حكمه من التوكيل بالشراء نفيًا لقول بعض مشايخنا، فإنهم قالوا في مسألة الشراء: إذا تصادقا أنه لم تحضره النية فالعقد للوكيل إجماعًا، ولا يحكم النقد، وإنما الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رح في مسألة التوكيل بالإسلام.

وهذا القائل فرق بين مسألة الشراء والسلم على قول أبي يوسف رح، فإن للنقد أثرا في تنفيذ السلم، فإن المفارقة بلا نقد تبطل السلم، فإذا جهل من له العقد يستبان بالنقد، وليس الشراء كذلك، وكان العقد للعاقد عملا بقضية الدليل. (ف)

(١٣) قوله: "على هذه الوجوه [المذكورة في التوكيل بالشراء وفاقًا وخلافًا. نت]" فإن أضاف الوكيل بالسلم العقد إلى دراهم الآمر كان المسلم له، وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان له، وإن عقده مطلقًا من غير إضافة إلى دراهم أحد، فإن نوى السلم للموكل كان له، وإن نوى لنفسه كان له، وإن تكاذبا يحكم النقد، وإن توافقا على أنه لم يحضره النية كان السلم للوكيل عند محمد رحمه الله، وقال أبو يوسف رح: يحكم النقد، فعن دراهم أيهما نقد فالعقد له. (عيني)

عندي، وقال الآمر: اشتريته[١] لنفسك، فالقول قول الآمر فإن كان دفع[٢] إليه[٣] الألف فالقول قول المأمور؛ لأن في الوجه الأول[٤] أخبر عما لا يملك استئنافه[٥]، وهو الرجوع بالثمن[٦] على الآمر، وهو[٧] ينكر، والقول للمنكر، وفي الوجه الثاني هو أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة، فيقبل قوله.

ولو كان العبد حيًا حين اختلفا[٨] إن كان الثمن منقودًا[٩]، فالقول للمأمور، لأنه أمين[١٠] وإن لم يكن[١١] منقودًا، فكذلك عند أبي يوسف ومحمد[١٢]؛ لأنه يملك استئناف الشراء[١٣]، فلا يتهم في الأخبار عنه، وعند أبي حنيفة القول للآمر لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه، فإذا رأى الصفقة[١٤] خاسرة[١٥] ألزمها الآمر.

---

(١٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(١٥) بغير عينه.

(١٦) الوكيل.

(١٧) العبد.

(١) العبد.

(٢) الآمر.

(٣) الوكيل.

(٤) هو الذي لم يدفع الثمن فيه.

(٥) قوله: "أخبر عما لا يملك استئنافه [لأن العبد ميت، والكلام فيه، والعبد الميت ليس بمحل لعقد الشراء. ك]" أي لا يقدر على إنشاءه، أي إنشاء العقد، ومن أخبر عما لا يملك إنشاءه في الحال لا يكون القول له. (عيني)

(٦) قوله: "وهو [الضمير راجع إلى ما في قوله: عما لا يملك] الرجوع بالثمن" أي سبب الرجوع بالثمن، وإنما قال: وهو الرجوع بالثمن، ولم يقل: وهو العقد، لأن مقصود الوكيل من العقد الرجوع بالثمن على الآمر لا العقد لأجل الآمر، فترك الواسطة، وهي العقد، وصرح بالمقصود، وهو الرجوع، فكان ذكرا للمسبب وإرادة للسبب، وجاز هذا لأن الرجوع بالثمن على الآمر مختص بالشراء لأجل الآمر. (ك)

(٧) الآمر.

(٨) قوله: "حين اختلفا" فقال المأمور: اشتريته لك، وقال الآمر: اشتريته لنفسك. (عيني)

(٩) من الآمر إلى المأمور.

(١٠) يريد الخروج عن عهدة الأمانة.

(١١) الثمن.

(١٢) أي القول للمأمور.

(١٣) قوله: "لأنه يملك إلخ" لأن العبد حي، والحي محل للشراء فيملك أن يشتريه في الحال لأجل الآمر، فإن قيل: الشرى لا يتوقف بخلاف البيع، ولما وقع شراءه أولا للوكيل حين اشترى كيف يقع بعد ذلك للموكل.
قلنا: استئناف الشراء دائر مع التصور، فيتصور أن يتفاسخ الوكيل بيعه مع بائعه، ثم يشتريه لأجل الموكل. (ك)

(١٤) عقد البيع.

(١٥) بأن وجد به عيبًا أو لم يعجبه.

بخلاف ما إذا كان الثمن منقوداً لأنه أمين فيه، فيقبل قوله تبعًا لذلك[١]، ولا ثمن في يده ههنا[٢]، وإن كان أمره بشراء عبد بعينه، ثم اختلفا[٣] والعبد حي[٤]، فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقوداً، أو غير منقود، وهذا بالإجماع، لأنه أخبر عما يملك استئنافه[٥]، ولا تهمة فيه، لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته[٦] على ما مر[٧]، بخلاف غير المعين على ما ذكرناه لأبي حنيفة[٨].

ومن قال لآخر[٩]: بعني هذا العبد لفلان[١٠]، فباعه، ثم أنكر[١١] أن يكون فلان أمره، ثم جاء فلا، وقال: أنا أمرته بذلك[١٢] فإن فلانًا يأخذه[١٣]؛ لأن قوله السابق[١٤] إقرار منه بالوكالة عنه[١٥]، فلا ينفعه الإنكار اللاحق، فإن قال: فلان لم

---

(١) قوله: "تبعًا لذلك" أي تبعًا لقبول قوله في دعوى الخروج عن عهدة الأمانة، ومن ضرورة ذلك قبول قوله في أن الشراء كان للآمر، وما كان ثبوته بطريق التبعية لا ينظر إلى وصفه، فلا ينظر ههنا إلى كون الوكيل متهمًا أو غير متهم. (ك)

(٢) أي فيما إذا لم يكن الثمن منقودا. (ك)

(٣) قوله: "ثم اختلفا" بأن قال الآمر: اشتريته لنفسك، وقال المأمور: بل اشتريته لك. (عيني)

(٤) قوله: "والعبد حي" وإن كان العبد هالكا والثمن منقودا فالقول للمأمور، لأنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة، وإن كان غير منقود فالقول للآمر، لأنه أخبر عما لا يملك استئنافه، ويريد بذلك الرجوع على الآمر، وهو منكر، والقول للمنكر. (ع)

(٥) قوله: "لأنه أخبر عما يملك إلخ" فإن قيل: الولي إذا أقر تزويج الصغيرة لا يقبل عند أبي حنيفة مع أنه يملك استئناف النكاح في الحال.

قلنا: قوله: يملك استئناف وقع على قولهما، وقوله: ولا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة، فكان في هذه المسألة اتفاق الجواب مع اختلاف التخريج، فلما لم يكن قوله: يملك استئنافه على قول أبي حنيفة لا يرد الإشكال على قوله.

أو نقول: لو كان في تزويج الصغيرة إخباره عند حضور شاهدين يقبل قوله عنده أيضًا، فكان ذلك عبارة عن إنشاء النكاح ابتداء، فلا يرد الإشكال. (ك)

(٦) الموكل.

(٧) قوله: "على ما مر" من أن شراء ما وكل به بمثل ذلك الثمن عزل لنفسه، وهو لا يملكه حال غيبته، بخلاف حضوره، فإنه لو فعل ذلك جاز ووقع المشترى له. (ع)

(٨) إشارة إلى قوله: لأنه موضع تهمة. (ك)

(٩) هذه مسألة "الجامع الصغير". (نت)

(١٠) قوله: "لفلان [يعني لأجله. ع]" معناه أنا وكيل فلان بشراء هذا العبد، فبعه حتى اشتريه لأجله. (ك)

(١١) أي أنكر المقر بعد الشراء.

(١٢) الشراء.

(١٣) أي له ولاية الأخذ. (ك)

(١٤) قوله: "لأن قوله السابق" وهو قوله: يعني هذا العبد لفلان إقرار بالوكالة من فلان، فإن قيل: يحتمل أن معناه لشفاعة فلان كما قال محمد في كتاب الشفعة: ولو أن أجنبيا طلب من الشفيع تسليم شفعة هذه الدار، فقال الشفيع:

آمره لم يكن ذلك له[١]؛ لأن الإقرار[٢] ارتد برده.

قال[٣]: إلا أن يسلمه المشترى له[٤]، فيكون بيعًا[٥] عنه، وعليه العهدة؛ لأنه صار مشتريًا بالتعاطى كمن اشترى لغيره بغير أمره[٦]، حتى لزمه، ثم سلمه المشترى له، و دلت المسألة على أن التسليم على وجه البيع يكفى للتعاطى[٧] وإن[٨] لم يوجد نقد الثمن، وهو[٩] يتحقق فى النفيس والخسيس لاستتمام التراضى وهو[١٠] المعتبر فى الباب[١١].

قال[١٢]: ومن أمر رجلا بأن يشترى له عبدين بأعيانهما، ولم يسمّ له ثمنًا فاشترى له أحدهما جاز[١٣]؛ لأن التوكيل مطلق[١٤]، فيجرى على إطلاقه، وقد لا

سلمتها لك، أى لأجل شفاعتك بطلت الشفعة استحسانًا. قلنا: اللام للتمليك، وإنما حمل على الإسقاط فى مسألة الشفعة لكونه مسبوقًا بسؤال الإسقاط، ولا كذلك ههنا. (ك)

(١٥) فلان.

(١) أى لم يكن له على العبد سبيل. (نت)

(٢) أى إقرار المقر.

(٣) الظاهر أن قائله محمد، لأن المسألة من "الجامع". (عينى)

(٤) قوله: "إلا أن يسلمه المشترى له" هذا روى بروايتين، بكسر الراء على صيغة اسم الفاعل، وبفتح الراء على صيغة اسم المفعول، فعلى الكسر يكون المشترى فاعلا، وقوله: له أى لأجله، ويكون المفعول الثانى محذوفًا وهو إليه، أى إلا أن يسلم الفضولى العبد الذى اشتراه لأجل فلان إليه. وعلى الفتح يكون المشترى له مفعولا ثانيًا بدون حرف الجر، وهو فلان، والفاعل مضمر، أى إلا أن يسلم الفضولى العبد إلى المشترى له، وهو فلان، وهذا الاستثناء من قوله: لم يكن له أى لم يكن لفلان إلا فى صورة التسليم إليه، وإنما ذكر صورة التسليم إليه، لأن فلانًا لو قال: أجزت بعد قوله: لم آمره لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشترى، لأن الإجازة تلحق الموقوف دون الجائز، وهذا عقد جائز نافذ على المشترى. (نهاية)

(٥) قوله: "فيكون بيعًا" أى فيكون تسليم العبد إليه بيعًا مبتدأ، وعليه العهدة، أى على فلان عهدة الأخذ بتسليم الثمن، كذا فسره فخر الإسلام البزدوى، وفخر الدين قاضى خان، ويدل عليه قوله: لأنه صار مشتريًا بالتعاطى. (نت)

(٦) قوله: "كمن إلخ" أى كالفضولى الذى اشترى لغيره بغير أمر ذلك الغير حتى لزمه، أى لزم العقد للمشترى، ثم سلمه المشترى له حيث كان بيعًا بالتعاطى. (نت)

(٧) قوله: "يكفى إلخ" يعنى أن بيع التعاطى كما يكون بأخذ وإعطاء فقد ينعقد بالتسليم على جهة البيع والتمليك، وإن كان أخذًا بلا إعطاء كعادة الناس. (عينى)

(٨) الواو وصلية.

(٩) بيع التعاطى.

(١٠) التراضى.

(١١) فى باب البيع، قال الله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض﴾. (ك)

(١٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٣) أى جاز شراء أحدهما له.

(١٤) أى عن قيد شرائهما متفرقين أو مجتمعين. (عناية)

يتفق الجمع بينهما في البيع إلا[١] فيما لا يتغابن[٢] الناس فيه ؛ لأنه توكيل بالشراء[٣]، وهذا كله بالإجماع[٤].

ولو أمره بأن يشتريهما بالألف، وقيمتهما سواء فعند أبي حنيفة إن اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز، فإن اشترى بأكثر لم يلزم الآمر لأنه قابل الألف بهما وقيمتهما[٥] سواء، فيقسم[٦] بينهما نصفين دلالة[٧]، فكان أمرا بشرى كل واحد منهما بخمس مائة. ثم الشراء بها[٨] موافقة، وبأقل منها[٩] مخالفة إلى خير، وبالزيادة[١٠] إلى شر قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز إلا أن يشترى الباقي ببقية الألف قبل أن يختصما[١١] استحسانًا[١٢]؛ لأن شرى الأول قائم، وقد حصل غرضه المصرح به[١٣]، وهو تحصيل العبدين بالألف، وما ثبت الانقسام[١٤] إلا دلالة، والصريح[١٥] يفوقها[١٦]. وقال أبو يوسف ومحمد: إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه[١٧]، وقد بقي من الألف ما يشترى بمثله الباقي[١٨] جاز، لأن التوكيل

(١) استثناء من قوله: جاز. (ع)

(٢) وهو الغبن الفاحش.

(٣) قوله: "لأنه توكيل بالشراء" قيد به احترازًا عن التوكيل بالبيع، فإن ذلك يجوز عند أبي حنيفة بالغبن الفاحش، وأما في التوكيل بالشراء فلا يتحمل الغبن الفاحش. (ك)

(٤) بين أئمة مذهبنا.

(٥) الواو حالية.

(٦) الألف.

(٧) فيعمل بها عند عدم التصريح.

(٨) أي بخمس مائة.

(٩) خمس مائة.

(١٠) المخالفة.

(١١) أي قبل أن يختصم الآمر والمأمور لثبوت المخالفة.

(١٢) قوله: "استحسانًا" قيد به لأن جواب القياس أن لا يلزم الآمر لثبوت المخالفة، وبه أخذ مالك والشافعي. (نت)

(١٣) قوله: "وقد حصل غرضه إلخ" فإن قيل: الخلاف قد تحقق، والشراء لا يتوقف فكيف يكون كله للموكل. قلنا: العمل بالصريح أقوى من العمل بالدلالة، والموكل صرح باكتساب العبدين بألف، وإنما عملنا بالدلالة إذا لم يعارضها صريح، فإذا جاء الصريح بطل العمل بها، والشراء قد يتوقف إذا لم يجد نفاذا على المشترى كالوكيل بشراء عبد إذا اشترى نصفه. (ك)

(١٤) بالسوية.

(١٥) إذا أمكن العمل به.

(١٦) دلالة.

(١٧) وهو الغبن اليسير.

مطلق[١] لكنه يتقيد بالمتعارف، وهو فيما[٢] قلنا[٣]، ولكن لا بد أن يبقى من الألف باقية يشترى بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر.

قال[٤]: ومن له على آخر ألف درهم، فأمره بأن يشترى بها هذا العبد[٥] فاشتراه جاز[٦]؛ لأن في تعيين المبيع تعيين البائع، ولو عين البائع يجوز على ما نذكره إن شاء الله تعالى[٧]. وإن أمره أن يشترى بها[٨] عبدا بغير عينه، فاشتراه فمات[٩] فى يده قبل أن يقبضه الآمر مات[١٠] من مال المشترى، وإن قبضه الآمر فهو له[١١]، وهذا عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه. وقالا: هو[١٢] لازم للآمر[١٣] إذا قبضه المأمور[١٤]، وعلى هذا[١٥] إذا أمره أن يسلم ما عليه، أو يصرف ما عليه.

لهما: أن الدراهم والدنانير لا تتعينان فى المعاوضات[١٦] دينا[١٧] كانت أو عينًا[١٨]، ألا ترى أنه لو تبايعا عينًا بدين[١٩]، ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد[٢٠]،

---

(١٨) من العبدين. (نت)

(١) أى غير مقيد بخمس مائة.

(٢) أى فيما يتغابن الناس به. (نت)

(٣) أى المتعارف. (نت)

(٤) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(٥) أى عبدًا معينًا.

(٦) وصح على الآمر. (ع)

(٧) بقوله: بخلاف ما إذا عين البائع إلى آخره. (نت)

(٨) قوله: "بها" أى بالألف التى عليه. (نتائج الأفكار)

(٩) العبد.

(١٠) العبد.

(١١) أى العبد للآمر، أى وإن مات فى يد الوكيل. (نت)

(١٢) العبد.

(١٣) فى الوجهين.

(١٤) الوكيل.

(١٥) قوله: "وعلى هذا" أى على هذا التفصيل إذا أمره، أى إذا أمر من عليه الدين أن يسلم ما عليه، أى يعقد عقد السلم، أو يصرف ما عليه، أى يعقد عقد الصرف، فإن عين المسلم إليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق وإلا فعلى الاختلاف، وبتخصيصهما بالذكر إنما هو لإزالة ما يتردد فى الذهن من أن التفصيل المذكور هل هو جار بعينه فى بابى الصرف والسلم أيضًا، أم لا؟ بناء على أن لهما شأنًا مخصوصًا فى بعض الأحكام. (نت)

(١٦) البيوع وغيرها.

(١٧) فى الذمة.

(١٨) يعنى لا تكون فى الذمة.

فصار الإطلاق[١] والتقييد فيه سواء، فيصح التوكيل[٢]، ويلزم[٣] الآمر لأن يد الوكيل كيده[٤]. ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنها تتعين في الوكالات[٥]، ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين[٦] منها، أو بالدين[٧] منها، ثم استهلك[٨] العين[٩]، أو أسقط[١٠] الدين[١١] بطلت الوكالة، فإذا تعينت[١٢] كان هذا[١٣] تمليك[١٤] الدين[١٥] من

---

(١٩) أي بدين على البائع.

(٢٠) ووجب مثل ذلك الدين.

(١) قوله: "فصار الإطلاق" بأن قال: بألف ولم يضفه إلى ما عليه، والتقييد، بأن أضافه إلى ما عليه فيه، أي في عقد تبايع العين بالدين. (عيني)

(٢) قوله: "فيصح التوكيل" وصار كما لو قال: تصدق بمالي عليك على المساكين فإنه يجوز. (نت)

(٣) العقد. (نت)

(٤) الآمر.

(٥) قوله: "أنها تتعين [الدراهم والدنانير] في الوكالات" أي بعد التسليم إلى الوكيل، وفي "الذخيرة": قال محمد في "الزيادات": رجل قال لغيره: اشتر لي بهذه الألف الدراهم جارية، وأراه الدراهم، ولم يسلمها إلى الوكيل حتى سرقت الدراهم، ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم لزم الموكل.ثم قال: الأصل أن الدراهم والدنانير لا تتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف، لأن الوكالات وسيلة إلى الشراء، فيعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا تتعينان فيه قبل التسلم، فكذا فيما هو وسيلة إليه، فأما بعد التسليم هل تتعين اختلف المشايخ، فيه فبعضهم قالوا: تتعين حتى تبطل الوكالة بهلاكها، لأن يد الوكيل يد أمانة والدراهم والدنانير تتعينان في الأمانات، وعامتهم على أنها لا تتعين.

وفائدة النقد والتسليم على قول عامة المشايخ اثنتان، إحداهما أنه يتوقف بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة، فإن العرف الظاهر في ما بين الناس أن الموكل إذا دفع الدراهم إلى الوكيل يريد الشراء حال قيام الدراهم في يد الوكيل.

والثانية: قطع رجوع الوكيل على الموكل فيما وجب للوكيل عليه، وهذا لأن شراء الوكيل يوجب دينين، دينا للبائع على الوكيل ودينا للموكيل على الموكل. (ك)

(٦) التي ليست في الذمة.

(٧) أي التي في الذمة.

(٨) قوله: "ثم استهلك" الضمير إما عائد إلى الموكل ففائدة قيد الاستهلاك أن الوكالة لا تبطل بالهلاك في يد الموكل، وإنما تبطل بالهلاك في يد الوكيل، وإما عائد إلى الوكيل، ففائدة قيد الاستهلاك أن لا يتوهم أن الوكالة لا تبطل إذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة إليه، لأنه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها، فيصير كأن عينها باقية، فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما في بطلان الوكالة بهما. (مل)

(٩) أي الآمر أو الوكيل، كذا في "معراج الدراية". (نت)

(١٠) الموكل.

(١١) بأن أبرأ الموكل الوكيل عن الدين.

(١٢) قوله: "تعينت [أي في الوكالة]" تتمة الدليل المذكور، ومرتبط بقوله: إنها تتعين إلخ.

(١٣) أي التوكيل المذكور.

(١٤) من جهة رب الدين.

(١٥) الذي على الوكيل.

غير من عليه[١] الدين من غير أن يوكله[٢] بقبضه[٣]، وذلك[٤] لا يجوز، كما إذا اشترى بدين على غير المشترى[٥]، أو يكون[٦] أمرًا بصرف مالا يملكه[٧] إلا بالقبض قبله[٨]، وذلك[٩] باطل، كما إذا قال[١٠]: أعطِ ما لى عليك من شئت[١١]. بخلاف[١٢] ما إذا عين[١٣] البائع؛ لأنه يصير وكيلا عنه[١٤] فى القبض، ثم يتملكه[١٥]، وبخلاف[١٦] ما إذا أمره بالتصدق؛ لأنه جعل المال لله تعالى[١٧]، وهو معلوم[١٨]، وإذا لم يصح التوكيل[١٩] نفذ الشراء على المأمور، فيهلك[٢٠] من ماله[٢١]

---

(١) وهو البائع.

(٢) أى رب الدين المملك.

(٣) الدين.

(٤) قوله: "وذلك" أى التمليك المذكور لا يجوز لعدم القدرة على التسليم.

(٥) قوله: "كما إذا اشترى بدين على غير المشترى" أى على غيره وهذا من قبيل وضع الظاهر موضع المضمر بأن كان لزيد على عمرو دين مثلا، فاشترى زيد من آخر شيئًا بذلك الدين الذى له على عمرو لا يجوز. (ك)

(٦) التوكيل المذكور

(٧) قوله: "بصرف [أى دفع] ما لا يملكه [الموكل]" لأن رب الدين لا يملك الدين حقيقة قبل القبض، لأن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها، فكان ما أدى المديون إلى البائع، أو إلى رب الدين ملك المديون، ورب الدين لا يملك ما فى ذمة المديون قبل القبض حقيقةً، فكان أمر رب الدين المديون بالدفع إلى البائع أمرًا فيما لا يملكه، فكان باطلا. (ك)

(٨) القبض.

(٩) أى الأمر المذكور.

(١٠) قوله: "كما إذا قال: أعطِ إلخ" فإنه باطل، فإنه أمر بصرف ما لا يملكه الآمر إلا بالقبض إلى من يختاره المديون بنفسه. (عينى)

(١١) والجامع أن كلا منهما تمليك ما هو غير مملوك. (ك)

(١٢) قوله: "بخلاف إلخ" أى بخلاف ما إذا كان الموكل عين البائع، أو المسلم إليه، فإن التوكيل صحيح لازم للآمر، لأنه يصير البائع أولا وكيلا عنه فى القبض، ثم يتملكه، وذلك ليس بتمليك من غير من عليه، ولا أمرًا بصرف ما لم يقبض. واعترض بأنه لو اشترى شيئًا بدين على آخر ينبغى أن يجوز بجعله وكيلا بالقبض أولا، وأجيب بأن عدم الجواز ههنا لكونه بيعًا بشرط، وهو أداء الثمن على الغير. (عناية)

(١٣) الموكل.

(١٤) أى عن رب الدين الموكل.

(١٥) قوله: "ثم يتملكه [أى الدين]" فيصير البائع قابضا لرب الدين أولا، ثم يصير قابضًا لنفسه كما لو وهب دينه على غيره، ووكل الموهوب له بقبضه، وكذا إذا عين المبيع، لأن فى تعيين المبيع تعيين البائع كما مر فى صدر الكتاب. (نت)

(١٦) جواب عن قياسهما على الأمر بالتصدق ولم يذكر فى الكتاب.

(١٧) والفقير نائب عنه.

(١٨) فصار كتعيين البائع.

(١٩) قوله: "وإذا لم يصح إلخ" رجوع إلى أول البحث يعنى لما ثبت بالدليل أن التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بائعه بدين على الوكيل غير صحيح، وإذا لم يصح إلخ. (مل)

إلا إذا قبضه[1] الآمر منه[2] لانعقاد البيع[3] تعاطيًا.

قال[4]: ومن دفع إلى آخر ألفًا، وأمره أن يشترى بها جارية فاشتراها، فقال الآمر: اشتريتها بخمسمائة، وقال المأمور: اشتريتها بألف، فالقول قول المأمور[5]، ومراده[6] إذا كانت[7] تساوى ألفًا، لأنه أمين فيه، وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة، والآمر يدعى عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر[8]، فإن كانت[9] تساوى خمسمائة فالقول قول الآمر، لأنه خالف[10] حيث اشترى جارية تساوى خمسمائة، والأمر تناول ما يساوى ألفًا فيضمن.

قال[11]: وإن لم يكن دفع إليه الألف فالقول قول الآمر، أما إذا كانت قيمتها[12] خمسمائة فللمخالفة[13]، وإن كانت قيمتها ألفًا فمعناه[14] أنهما يتحالفان، لأن الموكل والوكيل في هذا[15] ينزلان[16] منزلة البائع والمشترى، وقد وقع الاختلاف في الثمن، وموجبه التحالف، ثم يفسخ[17] العقد[18] الذى جرى بينهما، فيلزم الجارية[19]

---

(٢٠) العبد.

(٢١) المأمور.

(١) العبد.

(٢) المأمور.

(٣) بين الآمر والمأمور.

(٤) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(٥) مع يمينه.

(٦) محمد.

(٧) الجارية.

(٨) والقول للمنكر. (ع)

(٩) الجارية. (ع)

(١٠) قوله: "لأنه خالف إلخ" لأنه إن اشتراها بألف فالوكيل بشراء جارية بغير عينها لا يملك الشراء بغبن فاحش، فالأمر يتناول جارية تشترى بألف، نكان مخالفًا، فيكون مشتريا لنفسه. (ك)

(١١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٢) الجارية.

(١٣) إلى شر. (ع)

(١٤) أى معنى قوله: فالقول قول الآمر. (عناية)

(١٥) الفصل. (ع)

(١٦) للمبادلة الحكمية بينهما. (عناية)

(١٧) بعد التحالف.

(١٨) الحكمى التقديرى.

المأمورَ. قال[١]: ولو أمره أن يشتري له هذا العبد، ولم يسم له ثمنًا، فاشتراه، فقال الآمر: اشتريته بخمسمائة، وقال المأمور: بألف، وصدق البائع المأمور، فالقول قول المأمور مع يمينه. قيل: لا تحالف ههنا[٢]؛ لأنه ارتفع الخلاف[٣] بتصديق البائع[٤]، إذ هو حاضر، وفي المسألة الأولى هو غائب، فاعتبر الاختلاف[٥]، وقيل: يتحالفان لما ذكرناه[٦]. وقد ذكر[٧] معظم يمين التحالف[٨]، وهو يمين البائع[٩]، والبائع[١٠] بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما[١١]، وقبله أجنبي عن الموكل، إذ لم يجر بينهما[١٢] بيع، فلا يصدق[١٣] عليه[١٤]، فبقي الخلاف[١٥]، وهذا[١٦] قول الإمام أبي منصور، وهو أظهر، والله أعلم بالصواب.

---

(١٩) قوله: "فيلزم الجارية إلخ" قيل: ههنا مطالبة، وهي أن الوكيل إذا قبض الثمن، فوقع الاختلاف اعتبر فيه المخالفة والأمانة، وإذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة، فما الحاكم في ذلك.

وأجيب بأن في الأول سبقت الأمانة المبادلة، والسبق من أسباب الترجيح، فاعتبرت فيه بخلاف الثاني.(نت)

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٢) هو قول الفقيه أبي جعفر. (ك)

(٣) في الثمن.

(٤) قوله: "بتصديق البائع" فيجعل تصادق البائع والوكيل بمنزلة إنشاء العقد، ولو أنشأ العقد يلزم العبد للآمر، كذا هذا.

(٥) بين الآمر والمأمور، ووجب التحالف.

(٦) من أنهما نزلا منزلة البائع والمشتري.

(٧) قوله: "وقد ذكر [أي محمد] معظم إلخ" لفظه لا يدل على ذلك، فإن قوله: إن القول قول المأمور مع يمينه يدل على أن المأمور يصدق فيما قاله، وفي التحالف لا يصدق واحد منهما، فلو كان مراده التحالف لما قال ذلك.(ت)

(٨) جواب عما يقال: إن المذكور فالقول قول المأمور مع يمينه فالتحالف يخالفه. (عيني)

(٩) قوله: "وهو يمين البائع" أي المأمور، لأنه بائع تقديراً في حق الموكل، وإنما قلنا: إن يمينه معظم يمين التحالف لأن البائع وهو المأمور ههنا مدع، ولا يمين على المدعي إلا في صورة التحالف.

وأما المشتري فمنكر، فعلى المنكر اليمين على كل حال، فلما كان يمين المأمور هو المختص بالتحالف كانت أعظم اليمينين، ثم لما وجب اليمين على المأمور وهو المدعي، فلأن يجب على المشتري المنكر وهو الآمر أولى، وهو معنى التحالف. (ك)

(١٠) قوله: "والبائع إلخ" هذا جواب عن تعليل القول الأول بقوله: ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذا هو حاضر. (ك)

(١١) أي عن الآمر والمأمور.

(١٢) أي بين الموكل الآمر والبائع الأصل.

(١٣) البائع.

(١٤) أي على الموكل.

(١٥) في الثمن بين الآمر والمأمور الذين بمنزلة البائع والمشتري، فيجري التحالف.

(١٦) أي القول الآخر.

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد[١]

قال[٢]: وإذا قال العبد لرجل: اشتر لي نفسي من مولاي بألف، ودفعها[٣] إليه[٤]، فإن قال الرجل للمولى: اشتريت لنفسه، فباعه[٥] على هذا فهو حر، والولاء للمولى؛ لأن بيع نفس العبد منه إعتاق[٦]، وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل، والمأمور سفير عنه[٧] إذ لا يرجع عليه[٨] الحقوق[٩]، فصار كأنه اشترى بنفسه، وإذا كان[١٠] إعتاقًا أعقب الولاء[١١].

وإن لم يبين[١٢] لمولى[١٣] فهو عبد للمشترى؛ لأن اللفظ[١٤] حقيقة للمعاوضة[١٥]، وأمكن العمل بها إذا لم يبين[١٦]، فيحافظ عليها[١٧]، بخلاف شرى

---

(١) قوله: "فصل في التوكيل إلخ" لما كان شراء العبد نفسه من مولاه إعتاقا على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء، لكنه شراء صورة، فناسب أن يذكر في فصل على حدة، والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين، وهو أن يوكل العبد رجلا ليشتريه لنفسه من مولاه، وهو المسألة الأولى، وأن يوكل الرجل عبدا ليشتريه له من مولاه فالعبد في الأول موكل، وفي الثاني وكيل، وكلام المصنف يتناولهما بجعل الألف، واللام بدلا من المضاف إليه، وجعل المصدر مضافا إلى الفاعل أو المفعول، وذكر أحدهما متروك مثل أن يقول في توكيل العبد: رجلا، وفي توكيل العبد: رجل. (عناية)

(٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٣) أي العبد الألف.

(٤) الرجل.

(٥) المولى.

(٦) قوله: "إعتاق" لأن العبد لا يملك وإن ملك، لأنه ليس بأهل لأن يملك مالا، فصار مجازاً عن الإعتاق، إذ البيع إزالة ملك بعوض إلى آخر، فجاز أن يستعار منه. (ك)

(٧) حيث أضاف العقد إلى موكله. (ع)

(٨) أي المأمور.

(٩) حقوق العبد.

(١٠) هذا الشراء.

(١١) لأن ما يثبت يثبت بضروراته ولوازمه. (ك)

(١٢) أي الرجل.

(١٣) أي لم يقل الوكيل: اشتريت العبد لنفس العبد. (ك)

(١٤) أي قوله: اشتريت عبدك بألف درهم. (ك)

(١٥) لا للإعتاق. (ك)

(١٦) قوله: "وأمكن العمل بها [أي بالحقيقة. ك] إلخ" فإن قيل: لا نسلم أن العمل بالحقيقة يمكن ههنا، لأنه وكيل بشراء شيء بعينه، فليس للوكيل أن يشتريه لنفسه. قلنا: قد أتى الوكيل ههنا بجنس تصرف آخر غير ما وكل به، فإن ما وكل به كان من جنس الإعتاق على مال، وما أتى به إنما هو من جنس الشراء المحض، فكان مخالفاً للأمر، فيجرى عليه. (نت)

(١٧) أي على المعاوضة. (ك)

العبد نفسه[١]، لأن المجاز فيه متعين، وإذا كان[٢] معاوضة يثبت الملك له[٣].

والألف[٤] للمولى؛ لأنه كسب عبده، وعلى المشترى ألف مثله[٥] ثمنًا للعبد، فإنه[٦] فى ذمته[٧] حيث لم يصح الأداء[٨] بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره[٩] حيث لا يشترط بيانه[١٠]؛ لأن العقدين[١١] هنالك على نمط واحد[١٢]، وفى الحالين[١٣] المطالبة يتوجه نحو العاقد[١٤]، أما ههنا[١٥] فأحدهما إعتاق معقب للولاء، ولا مطالبة على الوكيل[١٦] والمولى عساه لا يرضاه[١٧] ويرغب في المعاوضة المحضة[١٨]، فلا بد من البيان. ومن قال لعبد: اشتر لى نفسك من مولاك، فقال[١٩] لمولاه: بعنى نفسى

---

(١) قوله: "بخلاف شرى العبد نفسه" حيث نجعله للإعتاق، ووجه الورود أنه لما جعل الشراء للمعاوضة حقيقة ينبغي أن يحمل على حقيقته أينما كان، ولم يحمل لفظ الشراء على المعاوضة فيما إذا اشترى العبد نفسه من مولاه بالبدل، بل حمل على الإعتاق ببدل، لأن المجاز فيه متعين، لأنه تعذر اعتباره بيعًا حقيقة، لأن البيع يوجب الملك للمشترى، والعبد ليس من أهله. (ك)

(٢) هذا الشراء.

(٣) الرجل.

(٤) التى دفعها العبد إلى وكيله.

(٥) قوله: "وعلى المشترى إلخ" هذا ظاهر فيما إذا أوقع الشراء للمشترى، وأما إذا أوقع الشراء للعبد نفسه حتى أعتق هل يجب على العبد ألف أخرى؟ قال الإمام قاضى خان فى "الجامع الصغير": إنه لم يذكر فى الكتاب، وينبغى أن يجب، لأن الأول مال المولى، فلا يصلح بدلا عن ملكه. (ك)

(٦) الثمن.

(٧) المشترى.

(٨) أى أداء الألف التى أداها الوكيل المشترى إلى المولى.

(٩) قوله: "من غيره" أى من غير العبد بأن وكل أجنبى أجنبيا آخر بشراء العبد من مولاه. (عينى)

(١٠) قوله: "حيث لا يشترط بيانه [بأن يقول عند الشراء: اشتريته لموكلى]" فإنه يصير مشتريًا للآمر، سواء أعلم الوكيل البائع أنه اشتراه لغيره، أو لم يعلمه، وههنا ما لم يعلمه أنه يشترى للعبد لا يصير مشتريًا للعبد لأن إلخ. (ك)

(١١) يعنى الذى يقع له والذى يقع للموكل.

(١٢) أى المبايعة.

(١٣) قوله: "وفى الحالين" أى فى حال الإضافة إلى نفسه والإضافة إلى موكله. (عينى)

(١٤) الوكيل. (ك)

(١٥) أى فى صورة توكيل العبد بشراء نفسه.

(١٦) لأنه سفير، فلا يرجع الحقوق عليه. (ك)

(١٧) قوله: "والمولى عساه لا يرضاه" أى لا يرضى الإعتاق، لأنه يعقب الولاء، وموجب الجناية عليه حينئذ، وبما يتضرر به، وشبه المصنف عسى بكاد، فاستعمل استعماله. (ع)

(١٨) التى فيها المطالبة على الوكيل.

(١٩) العبد.

لفلان بكذا، ففعل[١] فهو للآمر؛ لأن العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه، لأنه أجنبي عن ماليته[٢]، والبيع يرد عليه من حيث إنه مال إلا أن ماليته في يده[٣]، حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع لاستيفاء الثمن[٤]، فإذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالا[٥]، فيقع العقد للآمر[٦].

وإن عقد[٧] لنفسه فهو حر؛ لأنه[٨] إعتاق، وقد رضي به المولى دون المعاوضة، والعبد وإن كان وكيلا بشراء معين[٩]، ولكنه أتى بجنس تصرف[١٠] آخر[١١]، وفي مثله[١٢] ينفذ على الوكيل[١٣].

وكذا لو قال: بعني نفسي[١٤]، ولم يقل: لفلان فهو حر؛ لأن المطلق[١٥] يحتمل الوجهين[١٦]، فلا يقع امتثالا بالشك، فيبقى التصرف[١٧] واقعًا لنفسه[١٨].

---

(١) قوله: "ففعل [أي المولى]" أي قال: بعت فهو للآمر، وإنما يتم البيع بقول العبد بعد ذلك: قبلت، وأما إذا وقع الشراء للعبد يتم العقد بقول المولى: بعت مسبوقًا بقول العبد: بعني نفسي بكذا، بناء على أن الواحد يتولى طرفي الإعتاق على مال، إذا كان المال مقدراً، ولا يتولى طرفي البيع وإن كان المال مقدراً. (ك)

(٢) لأن ماليته لمولاه.

(٣) لكونه مأذونًا له.

(٤) قوله: "لا يملك البائع [أي المولى] إلخ" كالمودع إذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع حبسها لاستيفاء الثمن. (ك)

(٥) قوله: "فإذا أضافه [أي العقد] إلخ" تقرير الدليل العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه، لأنه مال وكل من يصلح وكيلا عن غيره في شراء مال إذا أضاف العقد إلى الآمر صح فعله امتثالا، فالعبد إذا أضافه إلى الآمر صح فعله امتثالا. (عيني)

(٦) قوله: "فيقع العقد للآمر" فإن قلت: إذا أضاف إلى الموكل فمن المطالب بالثمن، أجيب بأنه في ذمة العبد لكونه العاقد، فإن قلت: قد يكون محجوراً عليه، ومثله لا يرجع إليه الحقوق.
أجيب بأن الحجر زال بالعقد الذي باشر مع مولاه، فإن المباشرة تستدعي تصور صحة المباشرة وهو إذن. (ع)

(٧) أي إذا قال: بعني نفسي مني، فقال المولى: بعت.

(٨) لأن العبد لا يملك شيئًا حتى يشتري.

(٩) قوله: "والعبد وإن كان إلخ" جواب إشكال، وهو أن يقال ينبغي أن لا يجوز بيعه لنفسه، لأنه وكيل بشراء شيء معين، وهو لا يتمكن من أن يشتريه لنفسه، فينبغي أن لا يتمكن العبد من ذلك. (عيني)

(١٠) هو الإعتاق على مال.

(١١) أي غير ما وكل به.

(١٢) قوله: "وفي مثله ينفذ على الوكيل" فإن الوكيل إذا خالف نفذ الشراء على الوكيل. (عيني)

(١٣) قوله: "ينفذ على الوكيل" كما إذا صالح الوكيل عن دعواه على ذلك العين، أو خالع امرأته على ذلك، أو اشتراه بأكثر من الثمن الذي عينه، أو بخلاف جنس ذلك الثمن. (ك)

(١٤) أي أطلق.

(١٥) هو قوله: بعني نفسي.

فصل في البيع[١]

قال[٢]: والوكيل بالبيع والشراء[٣]، لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده، ومن لا يقبل شهادته له[٤] عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

وقالا: يجوز بيعه منهم[٥] بمثل القيمة[٦] إلا من عبده[٧] أو مكاتبه؛ لأن التوكيل مطلق[٨] ولا تهمة[٩]، إذ الأملاك متباينة[١٠]، والمنافع منقطعة، بخلاف العبد، لأنه[١١] بيع من نفسه[١٢]، لأن ما في يد العبد للمولى، وكذا للمولى حق في كسب المكاتب[١٣]، وينقلب حقيقة بالعجز[١٤].

---

(١٦) قوله: "والوجهين" وهما أن يكون مشتريًا بنفسه لنفسه، وأن يكون مشتريًا لغيره. (عيني)

(١٧) قوله: "فيبقى التصرف واقعا لنفسه" لأن الظاهر أن الإنسان يتصرف لأجل نفسة لا سيما تصرفًا يحصل منه الإعتاق. (عيني)

(١٨) قوله: "واقعًا لنفسه" فإن قيل: ينبغي أن يقع الشراء للموكل عند الإطلاق، لأن اللفظ لحقيقته في الأصل، فلما تردد بين الحقيقة والمجاز ينبغي أن يحمل على الحقيقة كما هو الأصل.

قلنا: عارضت جهة أصالة الحقيقة جهة أصالة أخرى، وهي أن الأصل في تصرف الإنسان أن يقع لنفسه، ولما وقع التعارض بين الأصلين رجحنا جانب الإعتاق، لأنه تصرف مندوب إليه والمعاوضة مباحة محضة. (ك)

(١) قوله: "فصل في البيع" لما فرغ من بيان أحكام التوكيل بالشراء مع أنواعه وهو الإثبات شرع في بيان أحكام التوكيل بالبيع، وهو الإزالة، فالإزالة بعد الإثبات وجودا، فكذا وضعا. (نهاية)

(٢) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٣) قوله: "والوكيل بالبيع إلخ" في "الذخيرة": الوكيل بالبيع إذا باع ممن لا يقبل شهادته له إن كان بأكثر من القيمة يجوز بلا خلاف، وإن كان بأقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالإجماع، فإن كان بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز وإن كان بمثل القيمة، فعن أبي حنيفة روايتان في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز، وفي رواية المضاربة يجوز. (كفاية)

(٤) كابنه وأخيه.

(٥) أي من أبيه وجده، ومن لا يقبل شهادته له.

(٦) قوله: "بمثل القيمة" والغبن اليسير ملحق بمثل القيمة على قولهما كما ذكر في "الذخيرة". (كفاية)

(٧) أي الذي لا دين عليه.

(٨) أي عن التقييد بشخص دون شخص.

(٩) في البيع بمثل القيمة.

(١٠) قوله: "متباينة" دل عليه أنه يحل للابن وطئ جاريته، ولو لم يكن ملكه مباينًا عن ملك أبيه لكانت جاريته مشتركة، ولما حل وطئها حينئذ. (ك)

(١١) أي لأن البيع من عبده.

(١٢) فصار الواحد متوليًا طرفي العقد، وذا لا يجوز.

(١٣) حتى لا يصح تبرعاته.

(١٤) أي بعجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة.

وله : أن مواضع التهمة مستثناة[١] عن الوكالات، وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة[٢]، ولأن المنافع بينهم متصلة[٣]، فصار[٤] بيعًا من نفسه من وجه[٥]، والإجارة[٦] والصرف[٧] على هذا الخلاف.

قال[٨]: والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير، والعرض عند أبي حنيفة رح، وقالا : يجوز بيعه بنقصان[٩] لا يتغابن الناس فيه[١٠]، ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير ؛ لأن مطلق الأمر[١١] يتقيد بالمتعارف، لأن التصرفات لدفع الحاجات، فيتقيد بمواقعها، والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود، ولهذا[١٢] يتقيد التوكيل[١٣] بشراء الفحم[١٤] والجمد[١٥] والأضحية بزمان الحاجة[١٦]. ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه[١٧]، وهبة من وجه[١٨]، وكذا المقايضة[١٩] بيع من وجه[٢٠]،

---

(١) لأن الوكالة شرعت للأمانة.

(٢) قوله: "بدليل عدم قبول الشهادة" فقدر ذلك التباين لما لم يؤثر في قبول الشهادة علمنا أن ذلك القدر من التباين وجوده كعدمه في موضع التهمة. (ك)

(٣) عادة.

(٤) أي بيع الوكيل من هؤلاء.

(٥) قوله: "فصار بيعًا إلخ" فإن قيل: ما الفرق لأبي حنيفة في تجويز بيع المضاربة من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح أو لم يظهر مع أنه له قبل ظهور، حكم الوكيل.

أجيب بأن المضارب أعم تصرفا من الوكيل، فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه، كما إذا صار المال عروضًا، فجاز أن يجوز تصرفه مع هؤلاء نظرًا إلى جهة استبداده. (ع)

(٦) قوله: "والإجارة إلخ" يعني أن الوكالة بالإجارة والصرف على هذا الخلاف المذكور، وإنما خصهما بالذكر لأن الإجارة شرعت على خلاف القياس، لأن المعقود عليه -وهو المنافع- معدومة، والصرف مشروط بشروط عرى عنها غيره، فكانا مما يظن عدم جواز، مع هؤلاء بالإجماع، فبين أن الحكم فيهما كالحكم فيما سواهما. (نت)

(٧) كذا السلم. (ك)

(٨) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٩) أي بالغبن الفاحش.

(١٠) ويجوز بالغبن اليسير.

(١١) بالوكالة.

(١٢) أي لأجل تقييد التصرفات بمواقعها.

(١٣) قوله: "يتقيد التوكيل إلخ" التوكيل بشراء الفحم يتقيد بأيام البرد في تلك السنة، والتوكيل بشراء الجمد بأيام الصيف في تلك السنة، والتوكيل بشراء الأضحية بأيام النحر في تلك السنة أو قبلها. (ك)

(١٤) انكشت.

(١٥) قوله: "والجمد" بسكون الميم ما جمد من الماء لشدة البرد، وتسميته للاسم بالمصدر. (ع)

(١٦) حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر. (ع)

(١٧) وهو وكيل بالبيع المطلق. (ك)

وشـراء من وجـه، فـلا يتناوله مطلق اسم البـيع، ولهـذا[١] لا يملكه[٢] الأب والوصى[٣]. وله: أن التوكيل بالبيع مطلق، فيجرى على إطلاقه فى غير موضع التهمة، والبيع[٤] بالغبن[٥] أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن، والتبرم[٦] من العين، والمسائل[٧] ممنوعة[٨] على قول أبى حنيفة على ما هو المروى عنه، وأنه[٩] بيع من كل وجه[١٠]، حتى إن من حلف لا يبيع يحنث به[١١]، غير أن الأب والوصى[١٢] لا يملكانه[١٣] مع أنه بيع[١٤]، لأن ولايتهما نظرية[١٥]، ولا نظر فيه، والمقايضة[١٦] شراء من كل وجه[١٧]، وبيع من كل وجه[١٨] لوجود حد كل واحد

---

(١٨) حتى لو حصل من المريض يعتبر من الثلث. (ك)

(١٩) أى البيع بالعرض.

(٢٠) قوله: "بيع من وجه إلخ" لأنه من حيث إن فيه إخراج السلعة من الملك بيع، ومن حيث إن فيه تحصيل السلعة فى الملك شراء. (ع)

(١) أى لأن البيع بغبن فاحش إلخ.

(٢) البيع بغبن فاحش.

(٣) فى مال الصغير.

(٤) جواب عن قولهما.

(٥) أى سلمنا أن المطلق يتقيد بالمتعارف لكن البيع إلخ.

(٦) تبرم به بنسوه آمد وملول گرديد. (من)

(٧) أى شراء الفحم والجمد وغيرهما.

(٨) قوله: "ممنوعة إلخ" المسائل مروية عن أبى يوسف، فأما عند أبى حنيفة يعتبر الإطلاق فى جميع ذلك. (ك)

(٩) أى البيع بغبن فاحش. (نت)

(١٠) قوله: "وأنه بيع إلخ" جواب عن قولهما: ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه، وهبة من وجه، يعنى لا نسلم أنه كذلك بل هو بيع من كل وجه. (نت)

(١١) أى بالبيع بغبن فاحش. (نت)

(١٢) قوله: "غير أن الأب إلخ" جواب عن سؤال مقدر، تقريره أنه لو كان البيع بغبن فاحش بيعًا من كل وجه يملكه الأب والوصى. (نت)

(١٣) أى البيع بغبن فاحش.

(١٤) من كل وجه.

(١٥) قوله: "لأن ولايتهما إلخ" أى ولاية الأب والوصى على الصغير من حيث النظر فى أمرهما بالشفقة، ولا نظر فى بيع الغبن. (عينى)

(١٦) جواب عن قولهما: وكذا المقايضة إلخ. (نت)

(١٧) بالنسبة إلى عرض صاحبه. (ك)

(١٨) بالنسبة إلى عرض نفسه. (ك)

منهما. قال[١]: والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة[٢]، وزيادة يتغابن الناس في مثلها، ولا يجوز بما لا يتغابن[٣] الناس في مثله؛ لأن التهمة فيه[٤] متحققة، فلعله اشتراه لنفسه، فإذا لم يوافقه[٥] ألحقه بغيره على ما مر[٦]، حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه، قالوا[٧]: ينفذ[٨] على الآمر[٩]، لأنه[١٠] لا يملك شراءه لنفسه، وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوجه[١١] امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده[١٢]، لأنه لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد[١٣]، فلا تتمكن[١٤] هذه التهمة، ولا كذلك الوكيل بالشراء[١٥]، لأنه يطلق العقد[١٦].

قال[١٧]: والذي[١٨] لا يتغابن[١٩] الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، وقيل[٢٠]: في العروض[٢١] ده نيم[٢٢]، وفي الحيوانات ده يازده، وفي العقار ده

---

(١) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٢) قوله: "يجوز عقده إلخ" هذا فيما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد، فأما ما له قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم إذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر. (ك)

(٣) هو الغبن الفاحش.

(٤) أي في الشراء بالغبن الفاحش.

(٥) أو قد وجده خاسراً.

(٦) قوله: "على ما مر" أي في المتن بقوله: لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه، فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر. (عيني)

(٧) قوله: "قالوا" أراد بقوله: قالوا عامة المشايخ، فإن بعضهم قال: يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش، وقال بعضهم: لا يتحمل فيه اليسير أيضاً. (ع)

(٨) وإن كان شرى بالغبن الفاحش.

(٩) لانتفاء التهمة.

(١٠) أي لأن الوكيل بشراء شيء بعينه.

(١١) الموكل.

(١٢) أي عند أبي حنيفة. (نت)

(١٣) أي عقد النكاح.

(١٤) أشار به إلى قوله: لأن التهمة فيه متحققة.

(١٥) فإنه يتمكن فيه التهمة المذكورة.

(١٦) قوله: "لأنه يطلق العقد" أي لا يضيف العقد إلى الموكل، حيث يقول: اشتريت، ولا يقول: لفلان. (مل)

(١٧) أي القدوري. (عيني)

(١٨) هذا لفظ القدوري.

(١٩) ومقابله ما يتغابن الناس فيه فهو يسير.

(٢٠) قوله: "وقيل إلخ" ظاهر سوق الكلام مشعر بأن مراده بذكر هذا القول تفسير الغبن الفاحش، والحق أن قوله:

دوازده؛ لأن التصرف يكثر وجوده في الأول، ويقل في الأخير، ويتوسط في الأوسط، وكثرة الغبن لقلة التصرف[١].

قال[٢]: وإذا وكله ببيع عبد[٣] له، فباع[٤] نصفه جاز عند أبي حنيفة رح؛ لأن اللفظ مطلق[٥] من قيد الافتراق والاجتماع، ألا ترى[٦] أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده[٧]، فإذا باع النصف به[٨] أولى[٩].

وقالا: لا يجوز؛ لأنه[١٠] غير متعارف[١١]، ولما فيه[١٢] من ضرر الشركة، إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما[١٣]؛ لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى

وقيل إلخ معطوف على ما تضمن قوله: ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، والتقدير أنه إذا كان الغبن الفاحش لا يدخل تحت تقويمهم كأن ما يدخل تحت تقويمهم غبنًا يسيرًا. وقيل: الغبن اليسير في العروض إلخ، وحينئذ يكون هذا تفسير الغبن اليسير وهذا موافق لما ذكره الإمام علاء الدين الإسبيجابي في "شرح الطحاوي"، وأبو المعين النسفي في "شرح الجامع الكبير" إلى غير ذلك من جمهور الأئمة الفقهاء، تأمل. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٢١) وفي "النهاية": هذا بيان الغبن اليسير. (ك)

(٢٢) قوله: "ده نيم" ثم إن عشرة دراهم نصاب يقطع به يد محترمة، فجعلت أصلا، والدرهم مال يبحث لأجله، فقد لا يتسامح به في المماكسة، فلم يعتبر، فما كثر وقوعه يسيرًا والنصف منه كان يسيرًا وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع، فما كان أقل وقوعًا منه اعتبر فيه ضعفه يسيرًا، وما كان أقل من الأقل اعتبر فيه ضعف ضعفه يسيرًا. (نت)

(١) قوله: "لقلة التصرف" تقريره أن الغبن يزيد بقلة التجربة، وينتقص من كثرتها وقلتها، وكثرتها بقلة وقوع التجارات وكثرته، وفي القسم الأول كثير، وفي الأخير قليل، وفي الأوسط متوسط، فإذا كان الغبن إلى هذا المبلغ كان يسيرًا، فلزم الآمر، وإن زاد على ذلك لزم الوكيل. (عيني)

(٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٣) قوله: "ببيع عبد" قيد بالعبد، لأن بيع النصف فيما وكل بيع ما ليس في تبعيضه ضرر كالحنطة والشعير جائز بالاتفاق. (ك)

(٤) الوكيل.

(٥) فيجري على إطلاقه.

(٦) قوله: "ألا ترى أنه إلخ" فإن قيل: إنما يجوز بيع الكل بثمن النصف لأنه لم يتضمن عيب الشركة، وأما بيع النصف يتضمن عيب الشركة في العبد، فكان هذا مخالفة من الوكيل إلى شر، فلا ينفذ بيعه على الموكل.
قلنا: ضرر الشركة أهون، وأقل من ضرر بيع الكل بنصف الثمن، فلما جاز ذلك على قوله، لأن يجوز هذا وهو ضرر الشركة أولى. (ك)

(٧) قوله: "يجوز عنده" قيد بقوله: عنده لأنه لا يجوز عندهما لأنه بيع بغبن فاحش. (عيني)

(٨) أي بثمن النصف.

(٩) قوله: "أولى" لأن إمساك البعض مع بيع البعض بهذا الثمن أنفع له من بيع الكل بذلك الثمن. (عيني)

(١٠) بيع النصف.

(١١) والتوكيل بالبيع ينصرف إلى المتعارف.

(١٢) بيع النصف.

(١٣) الوكيل والموكل.

الامتثال[١]، بأن لا يجد[٢] من يشتريه جملة، فيحتاج إلى أن يفرق، فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة[٣]، وإذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة، فلا يجوز، وهذا استحسان[٤] عندهما.

وإن وكله بشراء عبد، فاشترى[٥] نصفه[٦] فالشراء موقوف، فإن اشترى باقيه[٧] لزم الموكل؛ لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان[٨] موروثًا بين جماعة، فيحتاج إلى شراءه شقصًا شقصًا[٩]، فإذا اشترى[١٠] الباقي قبل رد الآمر البيع تبين أنه[١١] وقع وسيلة، فينفذ على الآمر، وهذا بالاتفاق[١٢]، والفرق[١٣] لأبي حنيفة أن في الشرى يتحقق التهمة على ما مر[١٤]، وآخر أن الأمر بالبيع يصادف ملكه[١٥] فيصح، فيعتبر فيه إطلاقه، والأمر بالشراء صادف ملك الغير، فلم يصح، فلم يعتبر فيه التقييد والإطلاق[١٦].

---

(١) أي امتثال أمر الموكل.

(٢) الوكيل.

(٣) إلى الامتثال.

(٤) قوله: "وهذا استحسان" أي كون البيع موقوفًا إلى أن يبيع النصف الآخر قبل الخصومة استحسان عند أبي يوسف ومحمد لأن القياس أن لا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف. (عيني)

(٥) الوكيل.

(٦) العبد.

(٧) العبد.

(٨) العبد.

(٩) پاره.

(١٠) الوكيل.

(١١) أي أن شراء النصف.

(١٢) بين أئمتنا الثلاثة. (نت)

(١٣) بين البيع والشراء.

(١٤) قوله: "على ما مر" إشارة إلى قوله: لأن التهمة فيه متحققة، فلعله اشتراه لنفسه. (ك)

(١٥) قوله: "وآخر [أي فرق آخر] أن إلخ" قال في غاية البيان: يعني أن الأمر في صورة التوكيل بالبيع صادف ملك الآمر، فصح أمره لولايته على ملكه، فاعتبر إطلاق الأمر، فجاز بيع النصف، لأن الأمر وقع مطلقًا عن الجمع والتفريق، وأما الأمر في صورة التوكيل بالشراء فصادف ملك الغير، وهو مال البائع، فلم يصح الأمر مقصودا، لأنه لا ملك للآمر في مال الغير، وإنما صح ضرورة الحاجة إليه، ولا عموم لما ثبت ضرورة، فلا يعتبر إطلاقه، فلم يجز شراء البعض، لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة، وذلك يتأدى بالتعارف وهو شراء الكل لا البعض، لأن الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشراء البعض إلا إذا اشترى الباقي قبل أن يختصما، فيجوز على الآمر، لأنه حصل مقصوده. (نت)

(١٦) بل يعتبر العرف، والعرف فيه أن يشترى جملة. (ع)

قال[١]: ومن أمر رجلا ببيع عبده، فباعه، وقبض الثمن، أو لم يقبض، فرده[٢] المشترى عليه[٣] بعيب[٤] لا يحدث مثله بقضاء القاضى ببينة[٥]، أو بإباء[٦] يمين، أو بإقراره[٧] فإنه يرده[٨] على الآمر[٩]؛ لأن القاضى تيقن[١٠] بحدوث العيب فى يد البائع، فلم يكن قضاءه مستنداً[١١] إلى هذه الحجج[١٢].

وتأويل اشتراطها[١٣] فى الكتاب[١٤] أن القاضى يعلم أنه[١٥] لا يحدث مثله فى مدة شهر مثلا، لكنه اشتبه عليه[١٦] تاريخ البيع، فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ[١٧]، أو كان[١٨] عيباً[١٩] لا يعرفه إلا النساء[٢٠]، أو الأطباء[٢١]، وقولهن[٢٢]

---

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(٢) العبد.

(٣) الوكيل.

(٤) كالإصبع الزائدة.

(٥) قامت على المأمور.

(٦) أى بنكول المأمور عن اليمين عند توجهها إليه.

(٧) أى المأمور بالعيب.

(٨) العبد.

(٩) أى من غير خصومة، إذ الرد على الوكيل وعلى الموكل.

(١٠) إذ الكلام فى عيب لا يحدث مثله. (نت)

(١١) قوله: "فلم يكن إلخ" قال جماعة من الشراح: هذا جواب عن سؤال سائل، وهو أن يقال: لما كان العيب لا يحدث مثله كالإصبع الزائدة لم يتوقف قضاء القاضى على وجود هذه الحجج، بل ينبغى أن يقضى القاضى بدونها لعلمه قطعاً بوجود هذا عند البائع، فأجاب بأن قال: لم يكن قضاءه مستنداً إلى هذه الحجج إلخ.
أقول: إن الفاء ههنا غير مناسب، ولو قال المصنف: ولم يكن قضاءه مستندا إلى هذه الحجج بتبديل الفاء بالواو لكان كلامه أسلم. (نت).

(١٢) أى البينة والإباء عن اليمين والإقرار.

(١٣) قوله: "وتأويل اشتراطها إلخ" يعنى لما تيقن القاضى بحدوث العيب فى يد البائع، فلم يكن قضاءه مستندا إلى هذه الحجج، فما معنى اشتراطها، فقال: وتأويل إلخ. (ك)

(١٤) الجامع الصغير. (نت)

(١٥) العيب.

(١٦) القاضى.

(١٧) قوله: "لظهور التاريخ" ليعلم أن تاريخ البيع منذ شهر، فيظهر عند القاضى أن هذا العيب كان فى يد البائع، فيرد المبيع عليه. (عناية)

(١٨) أى العيب الذى يريد به المشترى الرد.

(١٩) إشارة إلى تأويل آخر. (نت)

(٢٠) كمرض الفرج.

وقول الطبيب حجة[١] في توجه الخصومة[٢] لا في الرد[٣]، فيفتقر إليها في الرد[٤]، حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب[٥] ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها[٦]، وهو[٧] رد على الموكل. فلا يحتاج الوكيل[٨] إلى رد وخصومة[٩].

قال: وكذلك[١٠] إن رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة، أو بإباء يمين[١١]؛ لأن البينة حجة مطلقة[١٢] والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع[١٣]، فلزم[١٤] الآمر. قال[١٥]: فإن كان ذلك[١٦] بإقراره لزم المأمور[١٧]؛

---

(٢١) كالسعال القديم.

(٢٢) النساء.

(١) للمشتري.

(٢) مع البائع.

(٣) على البائع.

(٤) قوله: "فيفتقر إليها [الحجج] في الرد" فإن قيل: إذا أقر الوكيل بالعيب فلا حاجة حينئذ إلى قضاء القاضي لأنه يقبله لا محالة، فما معنى ذكر قضاء القاضي مع الإقرار، قلنا: يمكن أن يقر الوكيل بالعيب، ويمتنع بعد ذلك عن القبول، فقضاء القاضي كان جبراً عليه على القبول. (ك)

(٥) الواو حالية.

(٦) الحجج.

(٧) أي الرد على الوكيل.

(٨) قوله: "فلا يحتاج إلخ" لأن الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي، والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل. (نت)

(٩) مع الموكل.

(١٠) أي كذلك الرد على الوكيل رد على الموكل أن رد المشتري المبيع على البائع.

(١١) قوله: "أو بإباء يمين" أي إن نكل الوكيل يرده على الآمر أيضاً، وفيه خلاف زفر، فإن قيل: إذا كان الرد بالإباء يجب أن لا يلزم الموكل كمن اشترى شيئاً وباعه من غيره، ثم إن المشتري الثاني وجد به عيباً، فرده على المشتري الأول بنكوله لم يكن له أن يرده على بائعه، وهذا دليل زفر.

فنقول: الوكيل مضطر في هذا النكول، لأنه لا يمكنه أن يحلف كاذباً إذا كان عالماً بالعيب، وإنما اضطر إلى ذلك بعمل باشره للآمر فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة فيه، بخلاف ما لو أقر فإنه غير مضطر إلى الإقرار، لأنه يمكنه أن يسكت حتى يعرض عليه اليمين، ويقضى عليه بالنكول، ولكن في عمل باشره لنفسه لا يرجع بعهدته على غيره. (ك)

(١٢) قوله: "حجة مطلقة [أي كاملة]" أي مثبتة عند الناس كافة، فيثبت بها قيام العيب عند الموكل، فنفذ الرد على الموكل. (عيني)

(١٣) فإنه لم يمارس من أحوال المبيع وهو العبد، فلا يعرف بعيب ملك الغير. (نت)

(١٤) العبد.

(١٥) أي محمد. (عيني)

(١٦) الرد بالعيب.

(١٧) الوكيل. أي ليس هذا الرد ردا على الموكل.

لأن الإقرار حجة قاصرة[١]، وهو غير مضطر إليه[٢] لإمكانه السكوت والنكول[٣]، إلا أن له[٤] أن يخاصم الموكل، فيلزمه ببينة أو بنكوله، بخلاف ما إذا كان الرد[٥] بغير قضاء بإقرار[٦]، والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له[٧] أن يخاصم بائعه[٨]، لأنه[٩] بيع جديد[١٠] فى حق ثالث[١١]، والبائع[١٢] ثالثهما، والرد[١٣] بالقضاء فسخ[١٤] لعموم ولاية القاضى[١٥] غير أن الحجة قاصرة، وهى الإقرار، فمن حيث الفسخ كان له[١٦] أن يخاصمه، ومن حيث القصور فى الحجة لا يلزم الموكل إلا بحجة[١٧].

ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء بإقراره[١٨] يلزم الموكل من غير خصومة فى رواية[١٩]، لأن الرد متعين[٢٠]، وفى عامة الروايات[٢١] ليس له أن

---

(١) لا يظهر إلا فى حق المقر دون غيره.

(٢) الإقرار.

(٣) قوله: "لإمكانه [أى المأمور] إلخ" يعنى يمكنه السكوت والنكول حتى يعرض عليه اليمين، ويقضى عليه بالسكوت والنكول. (نتائج)

(٤) الوكيل.

(٥) أى رد المشترى المبيع على الوكيل بإقراره.

(٦) من الوكيل.

(٧) أى الوكيل.

(٨) قوله: "أن يخاصم بائعه" أى موكله سماه بائعًا لكونه بمنزلة البائع فى أنه يرد عليه الوكيل تارة، ويخاصمه فى الرد فى بعض الصور. (ك)

(٩) أى لأن الرد بغير القضاء بالإقرار.

(١٠) قوله: "لأنه بيع جديد إلخ" أى الرد متى كان بالإقرار بغير قضاء كان فسخا بالتراضى، فأمكن اعتباره بيعًا جديداً فى حق الثالث، فيبطل حق الخصومة، والرد لما حصل بقضاء تعذر اعتباره بيعًا جديدا لفقد التراضى، فكان فسخًا، إلا أن هذا فسخ بدليل قاصر، فلقصور الحجة لا يكون الرد على الوكيل ردًا على الموكل، ومن حيث إنه فسخ كان له أن يخاصم الموكل. (ك)

(١١) سوى المتعاقدين، فإنه فسخ فى حقهما.

(١٢) هو الموكل.

(١٣) بالإقرار.

(١٤) لأن القاضى يرده على كره منه.

(١٥) أى على الوكيل والموكل.

(١٦) أى للوكيل.

(١٧) أى البينة أو النكول.

(١٨) الوكيل.

(١٩) أى رواية كتاب البيوع من الأصل. (نت)

(٢٠) قوله: "لأن الرد متعين" وذلك لأنهما فعلا عين ما يفعله القاضى لو رفع الأمر إليه، فإنهما لو رفعا الأمر إليه فى عيب لا يحدث مثله رده على الوكيل، ولا يكلفه إقامة الحجة على ذلك، وكان ذلك ردا على الموكل، قال فى

يخاصمه[١] لما ذكرنا[٢]، والحق[٣] فى وصف السلامة[٤]، ثم ينتقل[٥] إلى الرد[٦]، ثم إلى الرجوع[٧] بالنقصان، فلم يتعين الرد، وقد بيناه[٨] فى الكفاية[٩] بأطول من هذا. قال[١٠]: ومن قال لآخر: أمرتك ببيع عبدى بنقد، فبعته بنسيئة[١١]، وقال المأمور: أمرتنى ببيعه، ولم تقل شيئًا، فالقول قول الآمر؛ لأن الأمر يستفاد من جهته[١٢]، ولا دلالة على الإطلاق[١٣].

قال[١٤]: وإن اختلف[١٥] فى ذلك[١٦] المضارب، ورب المال فالقول قول المضارب؛ لأن الأصل[١٧] فى المضاربة العموم، ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظة

"الكافى": فإذا تعين الرد صار تسليم الخصم، وتسليم القاضى سواء كتسليم الشفعة، وقضاء الدين والرجوع فى الهبة. (نت)

(٢١) من "المبسوط".

(١) قوله: "ليس له [أى للوكيل] أن يخاصمه" بل يلزم الوكيل، لأن الرد ثبت بالتراضى فصار كالبيع الجديد، ولا نسلم أنهما فعلا عين ما يفعله القاضى، فكيف يكون ذلك مع التفاوت فى الولاية، وفى المسائل الموردة فى "الكافى" الحق متعين لا يحتمل النقل إلى غيره، وهذا هو المراد بقوله: وقد بيناه فى الكفاية بأطول من هذا. (ك)

(٢) إشارة إلى قوله: لأنه بيع جديد فى حق ثالث. (نت)

(٣) أى حق المشترى.

(٤) جواب من قال: إن الرد متعين.

(٥) الحق.

(٦) لضرورة العجز. (ك)

(٧) قوله: "إلى الرجوع" أى ثم ينتقل الحق بامتناع الرد بحدوث عيب، أو بحدوث زيادة فى المبيع إلى الرجوع بالنقصان. (نت)

(٨) حكم المسائل المذكورة.

(٩) أى كفاية المنتهى.

(١٠) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١١) كسفينة درنگ وتأخير. (من)

(١٢) فهو أعلم بما قاله. (نت)

(١٣) قوله: "ولا دلالة إلخ" إذ الأمر بالبيع قد يكون مقيدًا، وقد يكون مطلقًا، ولا دليل على أحد الوجهين على أن الأصل فى عقد الوكالة التقييد، لأن مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون ذلك، فإنه ما لم يقل: وكلتك ببيع هذا الشىء لا يكون وكيلا ببيعه، ألا ترى أنه لو قال لغيره: وكلتك بمالى أو فى مالى لا يملك إلا الحفظ، فكان مدعيا لما هو الأصل فيه، فكان القول قوله. (نت)

(١٤) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٥) قوله: "وإن اختلف إلخ" بأن قال رب المال: أمرتك بالنقد، وقال المضارب: بل دفعت المال مضاربة، ولم تعين شيئًا. (عينى)

(١٦) أى النقد وعدمه.

(١٧) وإن كان الأمر يستفاد من رب المال.

المضاربة، فقامت دلالة الإطلاق، بخلاف ما إذا ادعى رب المال المضاربة في نوع، والمضارب في نوع آخر، حيث يكون القول لرب المال؛ لأنه سقط الإطلاق فيه بتصادقهما[١]، فنزل إلى الوكالة المحضة[٢]، ثم مطلق الأمر بالبيع[٣] ينتظمه[٤] نقدًا ونسيئة إلى أي أجل كان عند أبي حنيفة[٥]، وعندهما يتقيد بأجل متعارف، والوجه[٦] قد تقدم[٧].

قال[٨]: ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه، وأخذ بالثمن رهنًا، فضاع[٩] في يده، أو أخذ به[١٠] كفيلا فتوى المال عليه[١١] فلا ضمان عليه؛ لأن الوكيل أصيل في الحقوق، وقبض الثمن منها[١٢]، والكفالة توثق به[١٣]، والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء[١٤]، فيملكهما[١٥] بخلاف الوكيل بقبض الدين[١٦]، لأنه يفعل نيابة[١٧]،

---

(١) رب المال والمضارب.

(٢) وفيها القول للآمر.

(٣) أي في صورة الوكالة. (نت)

(٤) البيع.

(٥) قوله: "إلى أي أجل كان إلخ" حتى لو باع لأجل غير متعارف بين التجار بأن باع إلى خمسين سنة جاز عنده عملا بالإطلاق. (كفاية)

(٦) قوله: "والوجه" أي من الجانبين قد تقدم في التوكيل بالبيع أنه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض، وعندهما يتقيد بالمتعارف. (ك)

(٧) قوله: "قد تقدم" أي في مسألة التوكيل بالبيع، فإن أبا حنيفة عمل بالإطلاق وهما بالمتعارف، قال صاحب "العناية": وكان الأنسب أن يذكر مسألة النسيئة في أوائل الفصل عند قوله: والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير كما أشار إلى ذلك الموضع بقوله: والوجه قد تقدم. (نت)

(٨) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٩) الرهن.

(١٠) أي بالثمن.

(١١) قوله: "فتوى المال عليه" بأن مات الكفيل مفلسًا، والمكفول عنه أيضًا مات مفلسًا، أو غاب، ولا يعرف موضعه، أو بأن رفع الأمر إلى قاض يرى براءة الأصيل، بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك، فحكم ببراءة الأصيل فتوى المال على الكفيل. (ك)

(١٢) الحقوق.

(١٣) أي بالثمن.

(١٤) أي استيفاء الثمن.

(١٥) أي الوكيل الكفالة والارتهان.

(١٦) فإنه إذا أخذ رهنا، أو كفيلا لا يجوز.

(١٧) حتى إذا نهاه عن القبض صح نهيه.

وقد أنابه فى قبض الدين دون الكفالة، وأخذ الرهن، والوكيل بالبيع يقبض أصالة[١]، ولهذا لا يملك الموكل حجره[٢] عنه[٣].

فصل[٤]

وإذا[٥] وكل وكيلين، فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر[٦]، وهذا فى تصرف يحتاج فيه إلى الرأى[٧] كالبيع والخلع وغير ذلك؛ لأن الموكل رضى برأيهما لا برأى أحدهما[٨]، والبدل[٩] وإن[١٠] كان مقدرًا، ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى في الزيادة، واختيار المشترى.

قال[١١]: إلا[١٢] أن يوكلهما بالخصومة[١٣]؛ لأن الاجتماع فيها متعذر للإفضاء

---

(١) لأنه أصيل فى الحقوق.

(٢) أى حجر الوكيل.

(٣) أى عن قبض الثمن. (نت)

(٤) قوله: "فصل" لما ذكر حكم وكالة رجل واحد ذكر فى هذا الفصل حكم وكالة الرجلين، لما أن الاثنين بعد الواحد، فكذلك حكمهما. (ن)

(٥) هذا لفظ القدورى.

(٦) قوله: "فليس لأحدهما إلخ" هذا إذا وكلهما بكلام واحد، بأن قال وكلتكما ببيع عبدى هذا، أو بخلع امرأتى هذه، أما إذا وكلهما بكلامين كان لكل واحد منهما أن ينفرد فى التصرف. (ك)

(٧) قوله: "وهذا فى تصرف إلخ" أقول: فيه شيء، وهو أنه لو كان هذا الذى ذكره القدورى فى "مختصره" مقيداً بتصرف يحتاج فيه إلى الرأى لما احتاج إلى استثناء أمور أربعة من الأمور الخمسة التى استثنى التوكيل بها من الحكم المذكور، وهو ما سوى الخصومة، فإنها مما لا يحتاج فيه إلى الرأى كما سيأتى التصريح به من المصنف، ومع ذلك لما تم الجمع بين تلك الأمور الخمسة فى الاستثناء بكلمة واحدة، لأن الاستثناء يصير حينئذ متصلا بالنظر إلى التوكيل بالخصومة، ومنقطعاً بالنظر إلى التوكيل بما سواها، وقد تقرر فى كتب الأصول أن صيغة الاستثناء حقيقة فى المتصل، مجاز فى المنقطع، فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز.
فالظاهر أن كلام القدورى ههنا مطلق، وبعد الاستثناء الآتى يخرج منه ما لا يحتاج فيه إلى الرأى، وما يحتاج فيه إلى الرأى، ولكن يتعذر الاجتماع عليه كالخصومة، ويصير الاستثناء متصلا بالنظر إلى الكل، فينتظم المقام. (نت)

(٨) قوله: "أحدهما" فلو باع أحدهما والآخر حاضر لا يجوز إلا أن يجيز الآخر، ولو كان الآخر غائبًا عنه فأجاز لم يجز عند الإمام الأعظم. (عينى)

(٩) قوله: "والبدل إلخ" جواب سؤال، وهو أن البدل إذا كان مقدرا لا يحتاج فيه إلى الرأى، وينبغى أن يستبد كل واحد منهما بالتصرف حينئذ، فقال: والبدل وإن كان مقدرا، ولكن تقدير الثمن فى البيع يمنع النقصان دون الزيادة، وربما يزداد الثمن عند اجتماعهما لذكاء أحدهما، وهدايته، أو يختار الآخر مشتريًا لا يماطل فى أداء الثمن. (ك)

(١٠) الواو وصلية.

(١١) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٢) استثناء من قوله: فليس لأحدهما أن ينصرف إلخ.

(١٣) فلا يشترط حضور صاحبه فى خصومة. (ك)

إلى الشغب[(١)] في مجلس القضاء، والرأى يحتاج إليه[(٢)] سابقًا لتقويم الخصومة[(٣)].

قال[(٤)]: أو بطلاق[(٥)] زوجته بغير عوض[(٦)]، أو بعتق[(٧)] عبده بغير عوض، أو برد وديعة عنده[(٨)]، أو قضاء[(٩)] دين عليه؛ لأن هذه الأشياء[(١٠)] لا يحتاج فيها إلى الرأى بل هو[(١١)] تعبير محض[(١٢)]، وعبارة المثنى والواحد سواء، وهذا[(١٣)] بخلاف ما إذا قال لهما[(١٤)]: طلقاها[(١٥)] إن شئتما، أو قال: أمرها بأيديكما؛ لأنه تفويض إلى رأيهما[(١٦)]، ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس[(١٧)]، ولأنه علق الطلاق[(١٨)]

---

(١) فتنة وخصومت ونزاع، وأنه مانعة من إظهار الحق. (ك)

(٢) قوله: "والرأى إلخ" إشارة إلى دفع قول من قال ليس لأحدهما أن يخاصم دون صاحبه لأن الخصومة يحتاج فيه إلى الرأى، والموكل رضى برأيهما. (عينى)

(٣) قوله: "لتقويم الخصومة" يعنى أن الخصومة وإن افتقرت إلى تعاون الرأيين يعتضد كل واحد منهما بالآخر فى استنباط ما هو الأصوب فيها، لكن إنما يفتقر إلى تعاون الرأيين على ذلك قبل مجلس القضاء. (ك)

(٤) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٥) فلأحدهما أن يطلق.

(٦) المال.

(٧) فلأحدهما أن يعتق.

(٨) قوله: "أو برد [فلأحدهما أن يردها] وديعة إلخ" قيد بردها لأنه إذا وكل رجلين بقبض وديعة له، فقبض أحدهما بغير إذن صاحبه كان ضامنًا، لأنه شرط اجتماعهما على القبض، واجتماعهما على القبض ممكن، وللموكل فيه فائدة لأن حفظ اثنين أنفع، فإذا قبض أحدهما صار قابضا بإذن المال، فيصير ضامنًا.

فإن قيل: ينبغى أن يكون ضامنًا للنصف، لأن كل واحد منهما مأمور بقبض النصف، قلنا: كل واحد منهما مأمور بقبض النصف إذا قبض مع صاحبه، فأما فى حالة الانفراد فغير مأمور بقبض شيء منه. (ك)

(٩) فلأحدهما أن يقضيه.

(١٠) أى الطلاق بلا عوض والإعتاق بلا عوض وغيرهما.

(١١) التوكيل.

(١٢) عن كلام الموكل.

(١٣) أى جواز انفراد أحدهما.

(١٤) الوكيلين.

(١٥) المرأة.

(١٦) فلا يجوز انفراد أحدهما.

(١٧) قوله: "ألا ترى أنه [أى أن قوله: طلقاها إلخ، أو أمرها إلخ] تمليك إلخ" وإذا كان تمليكًا صار التطليق تمليكًا لهما، فلا يقدر أحدهما على التصرف فى ملك الآخر، قيل: ينبغى أن يقدر أحدهما على إيقاع نصف تطليقة، وأجيب بأن فيه إبطال حق الآخر إذ بإيقاع النصف يقع تطليقة كاملة، فإن قيل: هذا الإبطال ضمنى، فلا يعتبر، أجيب بأنه لا حاجة إليه مع قدرتهما على الاجتماع. (نت)

(١٨) قوله: "ولأنه علق الطلاق إلخ" بناء على أن التعليق كما يوجد فى صورة أن قال لهما: طلقاها إن شئتما يوجد أيضًا فى صورة أن قال لهما: أمرها بأيديكما، إذ قد صرح المصنف فى فصل الأمر باليد من باب تفويض الطلاق، بأن

بفعلهما[١]، فاعتبره[٢] بدخولهما.

قال[٣]: وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به، لأنه[٤] فوض إليه التصرف دون التوكيل به[٥]، وهذا[٦] لأنه[٧] رضي برأيه، والناس متفاوتون في الآراء[٨].

قال[٩]: إلا أن يأذن له الموكل لوجود الرضا، أو يقول له: اعمل برأيك، لإطلاق التفويض إلى رأيه، وإذا جاز في هذا الوجه[١٠] يكون[١١] الثانى وكيلا عن الموكل، حتى لا يملك[١٢] الأول عزله، ولا ينعزل بموته[١٣]، وينعزلان[١٤] بموت الأول[١٥]، وقد مر نظيره[١٦] في أدب القاضي[١٧].

قال[١٨]: فإن وكل بغير إذن موكله، فعقد وكيله بحضرته جاز[١٩]؛ لأن

جعل الأمر باليد فيه معنى التعليق، وقال الشراح فى بيانه: وهذا لأن معنى أمرك بيدك إن أردت طلاقك فأنت طالق. (نت)

(١) قوله: بفعل، أى تطليق، وقوله: هما، أى وكيلين.

(٢) قوله: "فاعتبره [أى التعليق]" أى فيكون معتبرا بالطلاق المعلق بدخولهما الدار، فإن بدخول أحدهما لا يقع الطلاق، كذا هذا، فإن قيل: ففى قوله: طلقاها أيضًا متعلق بفعلهما، ويقع بإيقاع أحدهما، أجيب بالمنع فإنه ليس فيه ما يدل على ذلك، بخلاف ما نحن فيه لوجود حرف الشرط، وهو قوله: إن شئتما. (ع)

(٣) أى القدورى في "مختصره". (نت)

(٤) الموكل.

(٥) أى بالتصرف.

(٦) أى عدم جواز توكيل الوكيل.

(٧) الموكل.

(٨) فلا يكون راضيًا بغيره.

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) قوله: "وإذا جاز فى هذا الوجه" أى إذا جاز توكيل الوكيل غيره فى هذا الوجه الذى يجوز التوكيل فيه، وذلك بأن يأذن له الموكل، أو يقول له: اعمل برأيك، فوكل غيره. (نت)

(١١) الوكيل.

(١٢) الوكيل.

(١٣) الأول.

(١٤) الأول والثانى.

(١٥) أى الموكل الأول.

(١٦) قوله: "وقد مر نظيره" حيث قال: وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك إلى آخر ما ذكر. (ع)

(١٧) فى أول فصل قبل باب التحكيم.

(١٨) أى القدورى فى "مختصره". (نتائج الأفكار)

(١٩) قوله: "جاز" لم يشترط للجواز إجازة الوكيل الأول، وهكذا ذكر فى وكالة الأصل فى موضع، وذكر فى موضع آخر من وكالة الأصل إذا باع الوكيل الثانى، والوكيل الأول حاضر، أو غائب، فأجاز الوكيل جاز، و... عن

المقصود[1] حضور رأى الأول[2] وقد حضر[3]، وتكلموا في حقوقه[4]، وإن عقد[5] في حال غيبته لم يجز؛ لأنه فات رأيه، إلا أن يبلغه[6]، فيجيزه، وكذا لو باع غير الوكيل[7]، فبلغه[8] فأجازه، لأنه حضر رأيه، ولو قدر[9] الأول الثمن للثاني، فعقد[10] بغيبته[11] يجوز[12]؛ لأن الرأى يحتاج إليه فيه[13] لتقدير الثمن ظاهراً، وقد حصل[14]. وهذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين، وقدر الثمن[15]، لأنه[16] لما فوض إليهما مع تقدير الثمن، ظهر أن غرضه[17] اجتماع رأيهما في الزيادة، واختيار المشترى[18]

الكرخى أنه ليس فى المسألة روايتان لكنه ما ذكر مطلقًا في بعض المواضع أنه يجوز إذا باع بحضرة الأول محمول على ما إذا أجاز، وهذا لأن توكيل الوكيل الأول لما لم يصح لأنه لم يؤذن له بذلك صار وجود هذا التوكيل والعدم بمنزلة، فالوكيل الثانى صار فضوليا، فعقده لا ينفذ إلا إذا أجاز الوكيل الأول،ولا يفيد حضوره، فإن بيع الفضولى لا يثبت بالسكوت لكون السكوت محتملا، ومنهم من يجعل فى المسألة روايتين، وجه عدم الجواز قد مر، ووجه رواية الجواز أنه حضر هذا العقد رأى الأول. (مل).

(١) أى مقصود الموكل.

(٢) الوكيل.

(٣) رأيه.

(٤) قوله: "وتكلموا إلخ" يعنى إذا باع بحضرة الأول حتى جاز، فالعهدة على من يكون؟ لم يذكره محمد فى "الجامع الصغير"، وتكلم المشايخ فى ذلك، فمنهم من قال على الأول، لأن الموكل إنما رضى بلزوم العهدة على الأول، ومنهم من قال على الثانى إذ السبب وهو العقد وجد من الثانى دون الأول. (ع)

(٥) الثانى.

(٦) الخبر.

(٧) أى الأجنبى.

(٨) الوكيل الخبر.

(٩) قوله: "ولو قدر" أى قدر الوكيل الأول الثمن للوكيل الثانى الذى وكله بغير إذن موكله، بأن قال له: بعه بكذا، فباعه الثانى بالثمن الذى قدره الوكيل الأول. (عينى)

(١٠) الثانى.

(١١) الأول.

(١٢) قوله: "يجوز" هذه رواية كتاب الرهن، وقد اختارها، وفى رواية كتاب الوكالة لا يجوز، لأن تقدير الثمن لمنع النقصان لا لمنع الزيادة، وربما يزيد الأول على هذا الثمن لو كان هو المباشر للعقد. (ك)

(١٣) العقد.

(١٤) التقدير.

(١٥) فإنه لا يجوز بيع أحدهما بذلك المقدار. (ع)

(١٦) الموكل.

(١٧) الموكل.

(١٨) أى الذى لا يماطل فى تسليم الثمن.

على ما بيناه[١]، أما إذا لم يقدر[٢] الثمن، وفوض إلى الأول[٣] كان غرضه[٤] رأيه في معظم الأمر[٥]، وهو التقدير في الثمن.

قال[٦]: وإذا زوج المكاتب، أو العبد، أو الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة[٧]، أو باع، أو اشترى لها لم يجز، معناه التصرف في مالها[٨]؛ لأن الرق والكفر يقطعان الولاية، ألا يرى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه، فكيف يملك إنكاح غيره، وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم[٩]، حتى لا تقبل شهادته عليه[١٠]، ولأن هذه[١١] ولاية نظرية[١٢]، فلا بد من التفويض إلى القادر المشفق، ليتحقق معنى النظر، والرق يزيل القدرة[١٣]، والكفر يقطع الشفقة على المسلم، فلا تفوض[١٤] إليهما[١٥].

وقال أبو يوسف ومحمد[١٦]: المرتد إذا قتل على ردته، والحربي كذلك[١٧]؛

---

(١) بقوله: والبدل وإن كان مقدرا إلخ.

(٢) الموكل.

(٣) أي الوكيل الأول.

(٤) الموكل.

(٥) وقد حضر رأيه بتقدير الوكيل الأول ثمن المبيع.

(٦) أي محمد. (عيني)

(٧) قوله: "مسلمة" فإن قلت: كيف يكون المسلمة تحت الذمي، قلت: يجوز أن يطلقها ثم أسلمت، وماتت وبقي البنت. (عيني)

(٨) قوله: "معناه [أي معنى ما قال محمد في "الجامع الصغير"] التصرف إلخ" يريد به التعميم، أي لا يختص بالبيع والشرى، بل أي تصرف كان لم يجز، أو معنى قوله: معناه التصرف في مالها أن الشرى ينفذ عليه لا عليها، لأنه تصرف في مالها، وليس له ولاية على مالها، ومعناه بأن اشترى لها بمالها لا أن يكون المراد أن يشترى لها بمال نفسه. (ك)

(٩) لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾. (ع)

(١٠) المسلم.

(١١) الولاية.

(١٢) أي ولاية ثابتة نظراً للصغار، والصغائر لعجزهم. (نت)

(١٣) قال الله تعالى: ﴿عبداً مملوكًا لا يقدر على شيء﴾ (عيني)

(١٤) هذه الولاية.

(١٥) أي إلى الكافر والرقيق.

(١٦) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" إنما خص قولهما مع أن هذا حكم مجمع عليه، لأن الشبهة إنما ترد على قولهما، لأن تصرفات المرتد بالبيع والشراء نافذة وإن قتل على ردته عندهما بناء على الملك، ولكن تصرفاته على ولده موقوفة بالإجماع. (ك)

(١٧) أي لا يجوز تصرفهما على ولدهما المسلم وماله. (نت)

لأن الحربى[١] أبعد من الذمى[٢]، فأولي بسلب الولاية، وأما المرتد، فتصرفه فى ماله وإن كان نافذًا[٣] عندهما، لكنه[٤] موقوف[٥] على ولده، ومال ولده بالإجماع، لأنها ولاية نظرية، وذلك[٦] باتفاق الملة، وهى مترددة[٧]، ثم تستقر جهة الانقطاع[٨] إذا قتل[٩] على الردة، فيبطل[١٠]، وبالإسلام يجعل[١١] كأنه لم يزل مسلمًا فيصح[١٢].

باب الوكالة بالخصومة والقبض[١٣]

قال[١٤]: الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض[١٥] عندنا خلافًا لزفر[١٦]، وهو يقول: إنه[١٧] رضى بخصومته والقبض غير الخصومة، ولم يرض[١٨] به[١٩]، ولنا أن من ملك شيئًا ملك إتمامه، وتمام الخصومة وانتهاءها بالقبض.

والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة فى الوكلاء، وقد يؤتمن على

(١) أى وإن كان مستأمنًا. (نت)

(٢) قوله: "أبعد من الذمى" ألا ترى أن شهادته على الذمى لا تقبل، والذمى صار منا، وأراد إن لم يكن منا دينًا، وتحقق فى حق الذمى ما هو خلف عن الإسلام، ولم يثبت فى حق الحربى شيء من الأصل والخلف. (ك)

(٣) أى وإن كان نافذًا. (نت)

(٤) أى لكن تصرفه.

(٥) إن أسلم جاز وإلا فلا. (ع)

(٦) أى النظر والشفقة.

(٧) فإنه يحتمل أن يعود المرتد مسلمًا.

(٨) أى انقطاع الولاية.

(٩) المرتد.

(١٠) تصرف المرتد.

(١١) المرتد.

(١٢) تصرفه.

(١٣) قوله: "باب الوكالة إلخ" أخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء، لأن الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاءه ممن هو فى ذمته، وذلك فى الأغلب يكون بمطالبة المبيع أو الثمن، أو لأنها مهجورة شرعًا، فاستحقت التأخير عما ليس بمهجور. (نتائج الإفكار)

(١٤) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٥) سواء كانت الخصومة فى الدين أو فى العين. (ك)

(١٦) فإنه يقول: لا يكون وكيلا بالقبض.

(١٧) الموكل.

(١٨) الموكل.

(١٩) أى بالقبض.

الخصومة من لا يؤتمن على المال، ونظيره الوكيل بالتقاضى[١] يملك القبض على أصل الرواية، لأنه[٢] فى معناه[٣] وضعًا[٤]، إلا أن العرف بخلافه[٥]، وهو قاضٍ على الوضع[٦]، فالفتوى على أن لا يملك[٧].

قال[٨]: فإن كانا[٩] وكيلين بالخصومة لا يقبضان[١٠] إلا معًا؛ لأنه[١١] رضى بأمانتهما لا بأمانة أحدهما، واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة[١٢] على ما مر[١٣].

قال[١٤]: والوكيل بقبض الدين[١٥] يكون وكيلا بالخصومة عند أبى حنيفة رحمه الله، حتى لو أقيمت عليه البينة[١٦] على استيفاء الموكل، أو إبراءه تقبل عنده.

وقالا: لا يكون خصمًا[١٧]، وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة، لأن القبض غير الخصومة[١٨]، وليس كل[١٩] من يؤتمن على المال يهتدى فى الخصومات، فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها[٢٠].

---

(١) أى طلب الدين من الديون.

(٢) التقاضى.

(٣) القبض.

(٤) فى القاموس تقاضاه الدين قبضه منه. (نت)

(٥) لأنه يراد به المطالبة فى العرف. (ك)

(٦) قوله: "وهو قاض على إلخ" أى العرف قاض وحاكم، وراجح على الوضع، لأن وضع الألفاظ لحاجة الناس،وهم لا يفهمون المعنى الموضوع له بل يفهمون المجاز، فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية. (عينى)

(٧) أى لا يملك الوكيل بتقاضى الدين للقبض لفساد الزمان.

(٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(٩) الرجلان.

(١٠) الدين أو العين.

(١١) الموكل.

(١٢) فإن اجتماعهما عليها غير ممكن.

(١٣) قوله: "على ما مر" إشارة إلى قوله: لأن الاجتماع فيها متعذر للإفضاء إلى الشغب فى مجلس القضاء. (نت)

(١٤) أي القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٥) قوله: "والوكيل بقبض الدين إلخ" قيد بالدين لأن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالإجماع، والأصل أن التوكيل إذا وقع باستيفاء عين حقه لم يكن وكيلا بالخصومة، لأن التوكيل وقع بالقبض لا غير، وإذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلا بالخصومة، لأن التملك إنشاء تصرف، وحقوق العقد تتعلق بالعاقد، فكان خصمًا فيها. (ك)

(١٦) من المديون.

(١٧) فلا تقبل بينة الخصم عليه.

(١٨) فلا يكون الوكيل بالقبض وكيلا بالخصومة.

(١٩) هذا دليل ثان.

ولأبى حنيفة: أنه وكله بالتملك[١]، لأن الديون تقضى بأمثالها[٢] إذ قبض الدين نفسه لا يتصور[٣] إلا أنه جعل استيفاء لعين حقه من وجه[٤]، فأشبه[٥] الوكيل بأخذ الشفعة[٦]، والرجوع فى الهبة[٧]، والوكيل بالشراء[٨] والقسمة[٩]، والرد بالعيب[١٠]، وهذه[١١] أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون[١٢] خصمًا قبل القبض كما يكون[١٣] خصمًا قبل الأخذ هنالك[١٤]، والوكيل بالشراء[١٥] لا يكون خصمًا قبل مباشرة الشراء، وهذا[١٦] لأن المبادلة تقتضى حقوقًا، وهو[١٧] أصيل فيها[١٨]، فيكون

---

(٢٠) أى بالخصومة.

(١) قوله: "أنه وكله إلخ" أى أن الموكل وكل الوكيل بقبض الدين بتملك المقبوض بمقابلة ما فى ذمة المديون قصاصا لأن الديون إلخ. (نتائج)

(٢) لا بأعيانها، وهذا لأن المقبوض ليس بملك للموكل بل هو بدل حقه.(ك)

(٣) لأنه وصف ثابت فى الذمة.

(٤) قوله: "إلا أنه إلخ" استثناء من قوله: لأن الديون تقضى بأمثالها يعنى أن الديون وإن كانت تقضى بأمثالها لا بأعيانها لما ذكرنا آنفا إلا أن قبض المثل جعل استيفاء لعين حق الدائن من وجه، ولهذا يجبر المديون على الأداء، ولو كان تملكا محضا لما أجبر عليه، وكذا إذا ظفر الدائن بجنس حقه حل له الأخذ. (نت)

(٥) قوله: "فأشبه" أى الوكيل بقبض الدين الوكيل بأخذ الشفعة يعنى أشبه ذلك فى كونه خصمًا، فإنه إذا أقام المشترى البينة على الوكيل بأخذ الشفعة على تسليم الموكل الشفعة تقبل. (نت)

(٦) أى بأخذ الدار بالشفعة.

(٧) قوله: "والرجوع فى الهبة" يعنى إذا وكل وكيلا بالرجوع فى الهبة كان خصما حتى إذا أراد الرجوع، فأقام الموهوب له البينة على أن الواهب أخذ العوض تقبل بينته. (عينى)

(٨) قوله: "والوكيل بالشراء" أى فأشبه الوكيل بالشراء فإنه خصم يطالب بحقوق العقد، ولا يرى لفصله عما قبله بإعادة لفظ الوكيل كثير فائدة. (نت)

(٩) قوله: "والقسمة" بأن وكل أحد الشريكين وكيلا بأن يقاسم مع شريكه، فالشريك أقام البينة على الوكيل بأن شريكى الذى هو موكلك أخذ نصيبه تقبل لأنه خصم. (ك)

(١٠) قوله: "والرد بالعيب" بأن وكل المشترى رجلا برد المبيع على البائع فأقام البائع البينة على الوكيل أن المشترى رضى بالعيب تقبل بينته، لأنه خصم. (ك)

(١١) قوله: "وهذه" أى مسألة الكتاب وهى مسألة الوكيل بقبض الدين أشبه بأخذ الشفعة، أى أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء، كذا صرحوا به فى شروح "الجامع الصغير". (نت)

(١٢) الوكيل بقبض الدين.

(١٣) الوكيل.

(١٤) أى فى أخذ الشفعة.

(١٥) قوله: "والوكيل بالشراء" تخصيص الوكيل بالشراء بالذكر يدل على أن المراد بالمفضل عليه فى قوله: فيما مر، وهذه أشبه بأخذ الشفعة هو الوكيل بالشراء. (نت)

(١٦) قوله: "وهذا" أى كونه خصما لكونه وكيلا بالتملك، لأنه وكيل بتملك مثل الدين الذى على المديون، وذلك مبادلة هو المأمور بالمبادلة يكون أصيلا فى حقوق المبادلة. (ك)

خصمًا فيها[١]. قال[٢]: والوكيل بقبض العين لا يكون، وكيلا بالخصومة، لأنه أمين محض[٣]، والقبض ليس بمبادلة، فأشبه الرسول، حتى إن من وكل وكيلا بقبض عبد له، فأقام الذي هو[٤] في يده البينة على أن الموكل باعه[٥] إياه[٦] وقف الأمر حتى يحضر الغائب[٧]، وهذا[٨] استحسان. والقياس أن يدفع[٩] إلى الوكيل، لأن البينة قامت لا على خصم[١٠]، فلم تعتبر، وجه الاستحسان: أنه خصم في قصر يده[١١] لقيامه مقام الموكل في القبض، فتقتصر يده، وإن لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع، فصار كما إذا أقام[١٢] البينة على أن الموكل عزله[١٣] عن ذلك[١٤]، فإنها تقبل في قصر يده[١٥] كذا هنا. قال[١٦]: وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك[١٧]، معناه إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق[١٨]، والعبد والأمة على العتاق

---

(١٧) أي المأمور بالمبادلة.

(١٨) أي في حقوق المبادلة.

(١) أي في الحقوق.

(٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٣) قوله: "لأنه أمين [ورسول. ك] محض" لأنه ليس بوكيل بالمبادلة، فلم يتعلق الحقوق بالقابض، فلا ينتصب خصمًا، فلا تقبل البينة عليه أصلا قياسًا. (ك)

(٤) العبد.

(٥) العبد.

(٦) أي ذا اليد.

(٧) أي الموكل.

(٨) أي وقوف الأمر. (نت)

(٩) العبد.

(١٠) لأن الوكيل بقبض الوديعة ليس بخصم.

(١١) قوله: "أنه [أي الوكيل بقبض الوديعة] خصم إلخ" يعني أن البينة قامت على شيأين البيع وقصر يد الوكيل، ففي حق زوال الملك عن الموكل إن قامت البينة لا على خصم، ففي قصر يد الوكيل قامت على خصم، فيسمع هذه البينة في قصر يد الوكيل، ولم يسمع في حق إزالة ملك الموكل. (ك)

(١٢) ذو اليد.

(١٣) الوكيل.

(١٤) أي عن التوكيل بقبض العين.

(١٥) الوكيل.

(١٦) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(١٧) قوله: "وغير ذلك" كما إذا ادعى صاحب اليد الارتهان من موكل الوكيل، وأقام بينة على ذلك تقصر يد الوكيل عن القبض. (ك)

على الوكيل بنقلهم[١] تقبل في قصر يده[٢] حتى يحضر الغائب[٣] استحساناً[٤] دون العتق والطلاق[٥]. قال[٦]: وإذا أقر الوكيل[٧] بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه، ولا يجوز عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد استحساناً، إلا أنه يخرج من الوكالة[٨]، وقال أبو يوسف: يجوز إقراره عليه وإن[٩] أقر في غير مجلس القضاء. وقال زفر والشافعي: لا يجوز[١٠] في الوجهين[١١]، وهو[١٢] قول أبي يوسف أولا، وهو[١٣] القياس؛ لأنه مأمور بالخصومة، وهي منازعة، والإقرار يضاده[١٤]، لأنه[١٥] مسالمة[١٦]، والأمر بالشيء لا يتناول ضده، ولهذا[١٧] لا يملك الصلح والإبراء، ويصح إذ استثنى الإقرار[١٨]، وكذا لو وكله[١٩]

---

(١٨) قوله: "معناه إذا قامت إلخ" أي إذا أراد الوكيل بنقل المرأة إلى زوجها نقلها، والوكيل بقبض العبد والجارية قبضهما، فأقامت المرأة إلخ. (ع)

(١) أي المرأة والعبد والأمة.

(٢) الوكيل.

(٣) قوله: "حتى يحضر الغائب [أي الموكل]" فإذا حضر الغائب تعاد عليه البينة على العتاق والطلاق. (عيني)

(٤) وأما قياساً فلا تقبل لقيامها لا على خصم. (نت)

(٥) قوله: "دون إلخ" أي لا تقبل البينة في حق العتق والطلاق، لأن الوكيل ليس بخصم فيهما، ولكنه خصم في قصر يده، وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتاق والطلاق على الغائب، فتقبل في القصر دون غيره. (عيني)

(٦) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٧) قوله: "وإذا أقر الوكيل" سواء كان وكيل المدعي، أو وكيل المدعى عليه، وإقرار وكيل المدعي هو أن يقر أن موكله قبض هذا المال، وإقرار وكيل المدعى عليه هو أن يقر بوجوب المال على المدعى عليه. (ك)

(٨) فلا يدفع إليه المال. (ع)

(٩) الواو وصلية.

(١٠) إقراره.

(١١) أي مجلس القاضي وغيره.

(١٢) قول زفر.

(١٣) قول زفر.

(١٤) قوله: "والإقرار يضاده" فإن الخصومة اسم الكلام يجري بين اثنين على سبيل المشاجرة والمنازعة، والإقرار اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المسالمة والموافقة. (ك)

(١٥) الإقرار.

(١٦) مسالمة: آشتي كردن با كسى. (من)

(١٧) قوله: "ولهذا" أي لأجل عدم تناول الأمر بالشيء ضده لا يملك، أي الوكيل بالخصومة الصلح لوجود المضادة، لأن الصلح حط البعض والوكيل مأمور باستيفاء الكل، والإبراء لأنه إسقاط، وهو مأمور بالاستيفاء. (عيني)

(١٨) قوله: "ويصح [أي التوكيل بالخصومة] إذا استثنى الإقرار" بأن وكله بالخصومة غير الإقرار، أي لو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناء الإقرار. (ك)

بالجواب مطلقًا[١] يتقيد[٢] بجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك، ولهذا يختار فيه[٣] الأهدى فالأهدى[٤]. وجه الاستحسان أن التوكيل[٥] صحيح قطعا[٦]،

قوله: "إذا استثنى الإقرار" قال تاج الشريعة: معناه أن الإقرار لو كان من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناءه كما لو استثنى الإنكار، وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الثمن، ولا يسلم المبيع، انتهى، واقتفى أثره صاحب "العناية"، ثم قال: وفيه نظر، لأنه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء، انتهى.

أقول: نظره ساقط جداً، لأن عدم التناول إنما ينافي صحة الاستثناء المتصل دون الاستثناء المنقطع، نعم، يرد أن من يقول بصحة استثناء الإقرار من التوكيل بالخصومة، فمن يقول بجواز إقرار الوكيل بالخصومة على موكله لا يقول بكون الإقرار من حقوق التوكيل بالخصومة بل يقول بكونه من جزئياته، كما سيظهر من تقرير المصنف، فلا يتم التقريب، لأنه لا يكون قوله: ويصح إذا استثنى الإقرار على المعنى المذكور حجة عليه. (نتائج)

(١٩) قوله: "وكذا لو وكله إلخ" هذه المسألة ذكرت ههنا على وجه الاستشهاد، يعني لو وكله بالجواب المطلق صريحا لا يتناول الإقرار بل يتقيد بجواب هو خصومة، وهو الإنكار بدلالة العرف، فكيف يتناول الإقرار إذا وكله الخصومة بمجرد احتمال أن يراد بالخصومة مطلق الجواب مجازاً. (نت)

قوله: "وكذا لو وكله بالجواب إلخ" قال صاحب "النهاية": هذه مسألة مبتدأة خلافية، ليس إيرادها على وجه الاستشهاد، يعني لو وكله بالجواب مطلقاً فهو على هذا الخلاف أيضاً، كذا في المختلفات البرهانية. انتهى.

وقد اقتفى أثره أكثر الشراح إلا أن صاحب "العناية" ذكره بطريق النقل عن "النهاية"، وقال صاحب غاية البيان: هذا سهو القلم من صاحب "الهداية"، وظني أنه أراد بذلك في ما لو وكله بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة على وجه النتيجة، يعني لما كان الأمر بالشيء لا يتناول ضده حتى لا يملك الوكيل الصلح، وصح استثناء الموكل الإقرار، انتج أن التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة، وهو الإنكار لا بجواب هو مسألة، أي الإقرار.

ولأجل أن التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة يختار في التوكيل بالخصومة الأهدى فالأهدى، ولا يصح كلام صاحب "الهداية" بأجزاءه على ظاهره، لأنه لو وكله بالجواب مطلقاً لا يتقيد بجواب هو خصومة، أي الإنكار، لأن المأمور به هو مطلق الجواب، وهو يشمل الإقرار والإنكار، بخلاف الخصومة، إذ يجوز أن يقول زفر: بين الخصومة والإقرار مضادة. ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة الخلاف أنه لو وكله بالجواب المطلق، فأقر يصح فعلم أنه إذا وكله بالجواب المطلق لا يتقيد بجواب هو خصومة، وقد تحير بعض الشارحين في هذا المقام، فقال: هذه المسألة مبتدأة لا للاستشهاد، أي ههنا كلامه.

أقول: فيه نظر إما أولا: فلأن كون الكلام المذكور من سهو القلم مما لا ينبغي أن ينسب إلى من له أدنى تمييز فضلا عن أن ينسب إلى صاحب "الهداية" ذلك الإمام الذي لن تسمح بمثله الأدوار ما دار الفلك الدوار، فإن بين الكلام المذكور وبين ما ظنه مرادا بذلك بونا بعيدا من حيث اللفظ والمعنى، فأنى يتيسر الحمل على أن يكون أحدهما سهواً عن الآخر. وأما ثانيًا: فلأنا لا نسلم عدم تصحيح كلام صاحب "الهداية" بإجراءه على ظاهره، وقوله: لأنه لو وكله بالجواب مطلقًا لا يتقيد على قول أبي حنيفة ومحمد، وقول أبي يوسف آخرًا بجواب هو خصومة، فهذا مسلم لكن لا يضر بتصحيح كلام المصنف بإجراءه على ظاهره بناء على قول زفر والشافعي، وقول أبي يوسف أولا وإن أراد بذلك أنه لو وكله بالجواب مطلقًا لا يتقيد على قول زفر والشافعي، وقول أبي يوسف أولا أيضًا بجواب هو خصومة، فممنوع كيف، وقد صرح في المختلفات البرهانية أن هذه المسألة أيضًا على الخلاف المذكور في التوكيل بالخصومة. (نتائج)

(١) عند زفر والشافعي. (ن)

(٢) قوله: "يتقيد" ولا يتقيد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، كذا يفهم من "نتائج الأفكار".

(٣) قوله: "يختار فيه [أي في التوكيل بالخصومة. عيني]" وفي الإقرار لا يحتاج إلى زيادة "الهداية". (ك)

(٤) أي من كان أكثر هداية في طريق الخصومة. (عيني)

(٥) أي المذكور بالخصومة.

وصحته[١] بتناوله ما يملكه قطعًا، وذلك[٢] مطلق الجواب دون أحدهما عينًا[٣]، وطريق المجاز موجود على ما نبينه إن شاء الله تعالى، فيصرف إليه[٤] تحريًا للصحة قطعًا، ولو استثنى الإقرار[٥]، فعن أبي يوسف أنه لا يصح[٦]، لأنه[٧] لا يملكه، وعن محمد أنه يصح[٨]، لأن للتنصيص زيادة دلالة على ملكه[٩] إياه[١٠]، وعند الإطلاق يحمل على الأولى[١١]. وعنه[١٢] أنه فصل بين الطالب والمطلوب[١٣]، ولم يصححه فى الثانى لكونه مجبورًا عليه، ويخير الطالب فيه[١٤]، فبعد ذلك[١٥]

---

(٦) أى إجماعا من كل وجه.

(١) قوله: "وصحته" أى صحة هذا التوكيل بتناوله ما يملكه الموكل قطعا، لأن التوكيل بغير المملوك تصرف فى غير ملكه، وهو غير صحيح. (نت)

(٢) أى المملوك قطعًا.

(٣) قوله: "دون أحدهما عينا" أى لا يملك أحدهما، وهو الإقرار أو الإنكار معينًا، لأنه ربما يكون الجواب بأحدهما معينًا حرامًا، لأنه لو كان خصمه محقًا لا يملك الإنكار شرعًا، ولو كان مبطلا يكون حقه فى الإنكار لا غير، فلا يملك المعين منهما قطعًا، فلا يجوز التوكيل به قطعا، فيصح من وجه دون وجه، فحملناه على المجاز، وهو الجواب مطلقًا تحريًا لصحته قطعًا، وطريق المجاز موجود، أى بين الخصومة ومطلق الجواب لأن الخصومة سبب الجواب، وإطلاق السبب، وإرادة المسبب طريق من طرق المجاز على ما نبينه، إشارة إلى ما ذكره عند قوله: هما يقولان: إن التوكيل يتناول جوابًا يسمى خصومة. (عينى)

(٤) أى إلى مطلق الجواب.

(٥) قوله: "استثنى إلخ" جواب عن تشهد زفر، ووجهه لا نسلم صحة الاستثناء بل لا يصح على قول أبى يوسف، لأنه لا يملك الاستثناء لأن ملكه يستلزم بقاء الإنكار عينًا، وقد لا يحل. (عناية)

(٦) أى استثناء الإقرار. (ك)

(٧) أى لأن الموكل لا يملك الاستثناء. (نت)

(٨) قوله: "وعن محمد أنه يصح" أى إن استثنى الإقرار يصح لأنه لما نص على الإنكار باستثناء الإقرار، فصار زيادة دلالة على ملكه إياه، وعند الإطلاق، أى عند إطلاق التوكيل بالخصومة فى غير استثناء الإقرار يحمل إلخ. (عينى)

(٩) قوله: "زيادة دلالة إلخ" لجواز أن يكون الخصم محقا، فإذا نص على استثناء الإقرار دل على أنه علم بيقين أن خصمه مبطل حملا لأمر المسلم على الصلاح، فتعين الإنكار. (م)

(١٠) أى تملكه الإنكار. (نت)

(١١) قوله: "يحمل على الأولى" أى على ما هو الأولى بالمسلم، وهو مطلق الجواب، فإنه حلال فى عموم الأحوال والخصومة منازعة، وهى حرام، والتوكيل بالحرام حرام، فحملناه على المجاز بظاهر حاله. (ك)

(١٢) قوله: "وعنه" أى عن محمد أنه لم يصح استثناء الإقرار من المطلوب لكونه مجبورًا عليه، وإنما يكون مجبورًا لدفع ضرر المدعى، وفى صحة استثناء الإقرار إضرار به، وصح استثناء الإقرار من وكيل الطالب لأنه مخير فى أصل الخصومة، فله ترك أحد وجهيها. (ك)

(١٣) أى بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب. (م)

(١٤) قوله: "ويخير الطالب فيه" ولم يذكر المصنف الجواب عن صورتى الصلح والإبراء، فنقول: التوكيل بالخصومة ينصرف إلى مطلق الجواب لما ذكرنا، ومطلق الجواب إما بلا، أو نعم، والصلح عقد آخر يحتاج إلى عبارة

يقول أبو يوسف: إن الوكيل قائم مقام الموكل، وإقراره[١] لا يختص بمجلس القضاء، فكذا إقرار نائبه. وهما[٢] يقولان: إن التوكيل[٣] يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة[٤] أو مجازًا[٥]، والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازًا، إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة[٦]، أو لأنه[٧] سبب له، لأن الظاهر إتيانه بالمستحق عند طلب المستحق، وهو الجواب في مجلس القضاء، فيختص به[٨] لكن إذا أقيمت البينة[٩] على إقراره[١٠] في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة[١١]، حتى لا يؤمر[١٢] بدفع المال إليه[١٣]، لأنه صار مناقضًا، وصار كالأب أو الوصي[١٤] إذا

أخرى خلاف ما وضع للجواب، وكذلك الإبراء، فلا يتناوله اللفظ للموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازًا. (ع)

(١٥) قوله: "فبعد ذلك" شروع في بيان مأخذ الاختلاف الواقع بين الأئمة، أي بعد ما ثبت أن التوكيل بالخصومة ينصرف إلى مطلق الجواب. (نت)

(١) الموكل.

(٢) أي الطرفان.

(٣) بالخصومة.

(٤) بأن أنكر. (ك)

(٥) بأن أقر. (ك)

(٦) قوله: "إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة" أي في جواب الخصومة، وإطلاق اسم أحد المتقابلين على الآخر جائز مجاز، قال الله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾، ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾. (ع)

(٧) قوله: "أو لأنه" أي أو لأن الخصومة في مجلس القضاء سبب للجواب ظاهرًا، والجواب تارة بلا، وتارة بنعم، والسببية طريق المجاز، ولهذا يختص بمجلس القضاء. (ك)

(٨) قوله: "فيختص به" أي فيختص جواب الخصومة بمجلس القضاء، فالإقرار الذي في غير مجلس القضاء ليس بخصومة، لا حقيقة، وهو ظاهر، ولا مجازًا، إذ الإقرار خصومة مجازًا من حيث إنه جواب، ولا جواب في غير مجلس القضاء، فالإقرار ليس خصومة مجازًا في غيره. (عيني)

(٩) قوله: "لكن إذا أقيمت إلخ" هذا استدراك من قوله: فيختص به، وفيه إشارة إلى دفع ما يقال: إذا لم يكن الإقرار في غير مجلس القضاء جوابًا كان الواجب أن لا يعتبر، ولا يخرج عن الوكالة. (نت)

(١٠) الوكيل.

(١١) قوله: "يخرج [الوكيل] من الوكالة" لأنه لا يمكن أن يبقى وكيلا بمطلق الجواب، لأنه لا يملك الإنكار، لأنه يصير مناقضًا في كلامه، فلو بقي وكيلا لبقي وكيلا بجواب مقيد، وهو الإقرار، وما وكله بجواب مقيد، وإنما وكله بالجواب مطلقًا. (كافي)

(١٢) الخصم.

(١٣) الوكيل.

(١٤) قوله: "وصار إلخ" أي صار كالأب والوصي إذا أقر على اليتيم أنه استوفى حقه في مجلس القضاء لا يصح إقرارهما عليه، ولكن لا يدفع المال إليهما لزعمهما ببطلان حق الأخذ، وإنما لا يصح إقرارهما، لأن ولايتهما نظرية، ولا نظر في الإقرار على الصغير، فأما التفويض من الموكل حصل مطلقًا غير مقيد بشرط النظر، فيدخل تحته الإقرار والإنكار جميعًا، غير أن الإقرار صحته يختص بمجلس القضاء على ما ذكرنا. (ك)

أقر في مجلس القضاء لا يصح[١]، ولا يدفع المال إليه.

قال[٢]: ومن كفل بمال عن رجل، فوكله صاحب المال[٣] بقبضه[٤] عن الغريم[٥] لم يكن وكيلا في ذلك أبداً[٦]، لأن الوكيل من يعمل لغيره، ولو صححناها[٧] صار عاملا لنفسه[٨] في إبراء ذمته، فانعدم الركن[٩]، ولأن قبول قوله[١٠] ملازم للوكالة لكونه أمينًا، ولو صححناها[١١] لا يقبل[١٢] لكونه مبرئًا نفسه، فينعدم[١٣] بانعدام لازمه[١٤]، وهو نظير عبد مأذون مديون أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته[١٥] للغرماء[١٦]، ويطالب العبد بجميع الدين، فلو وكله الطالب[١٧] بقبض المال[١٨] عن العبد كان[١٩] باطلا لما بيناه[٢٠].

(١) قوله: "إذا أقر إلخ" بيانه أن الأب والوصي إذا ادعى شيئًا للصغير فأنكر المدعى عليه، فصدقه الأب أو الوصي، ثم جاء يدعي ذلك المال لا يدفع المال إليهما، لأنهما خرجا عن الولاية والوصاية في حق هذا المال بإقرارهما على الصبي. (عيني)

(٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٣) أي رب الدين. (ك)

(٤) المال.

(٥) المديون.

(٦) قوله: "لم يكن وكيلا إلخ" حتى لو هلك المال في يده لا يهلك على الموكل، وقوله: أبدا، أي قبل براءة الكفيل، وبعدها، أما قبل البراءة فلما ذكر في الكتاب من انعدام ركن الوكالة، وأما بعد البراءة فإنه لما لم يوجب وكالة حال وجود التوكيل للمانع لا ينقلب وكالة بعد انعدام المانع كمن كفل لغائب، فلم يصح لعدم قبوله، وهو شرط، ثم إذا بلغه الخبر، فأجاز لا يجوز أيضًا عند أبي حنيفة ومحمد. (ك)

(٧) الوكالة.

(٨) قوله: "صار عاملا لنفسه" لأن قبضه يقوم مقام قبض الموكل، وبقبضه يبرأ ذمة الكفيل، فكذا بقبض الوكيل. (عيني)

(٩) قوله: "فانعدم الركن" أي ركن الوكالة، وهو العمل للغير، فانعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه، وصار هذا كالمحتال إذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لا يصير وكيلا لما قلنا. (ك)

(١٠) الوكيل.

(١١) الوكالة.

(١٢) قوله.

(١٣) التوكيل.

(١٤) أي قبول قول الوكيل.

(١٥) العبد.

(١٦) أي لزمه ضمان قيمته للغرماء. (ك)

(١٧) رب الدين.

(١٨) الدين.

(١٩) توكيل.

قال[1]: ومن ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه، فصدقه الغريم[2] أمر[3] بتسليم الدين إليه؛ لأنه[4] إقرار[5] على نفسه[6]، لأن ما يقضيه[7] خالص ماله[8].

فإن حضر الغائب فصدقه[9]، وإلا دفع إليه[10] الغريم الدين ثانيًا، لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر[11] الوكالة، والقول في ذلك[12] قوله[13] مع يمينه[14]، فيفسد الأداء، ويرجع[15] به على الوكيل إن كان[16] باقيًا في يده[17]، لأن غرضه[18] من الدفع براءة ذمته، ولم يحصل، فله[19] أن ينقض قبضه[20]، وإن كان ضاع[21] في يده[22] لم يرجع[23] عليه[24]؛ لأنه بتصديقه[25] اعترف إنه[26] محق في القبض وهو[27]

(٢٠) قوله: "لما بيناه" من أن الوكيل من يعمل لغيره، وههنا لما كان المولى ضامنًا لقيمته كان في مقدارها عاملا لنفسه لأنه يبرأ به نفسه، فيكون التوكيل باطلا. (ع)

(١) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٢) المديون.

(٣) الغريم.

(٤) أي لأن تصديقه.

(٥) بحق.

(٦) ومن أقر على نفسه بشيء أمر بتسليمه إلى المقر له.

(٧) وفي نسخة: يقبضه.

(٨) قوله: "خالص ماله [الغريم]" لأن الديون تقضى بأمثالها، فما أداه المديون مثل مال رب المال لا عينه. (عيني)

(٩) فيها.

(١٠) أي إلى الدائن.

(١١) الغائب الدائن.

(١٢) أي في إنكار الوكالة.

(١٣) أي قول رب الدين.

(١٤) قوله: "مع يمينه" لأن الدين كان ثابتًا، والمديون يدعي أمرًا عارضًا، وهو سقوط الدين بأدائه إلى الوكيل، والموكل ينكر الوكالة، والقول قول المنكر مع يمينه، وإذا لم يثبت الاستيفاء فسد الأداء، وهو واجب على المديون، فيجب الدفع ثانيًا. (ع)

(١٥) المديون.

(١٦) المال.

(١٧) الوكيل.

(١٨) المديون.

(١٩) غريم.

(٢٠) الوكيل.

(٢١) المال.

مظلوم فى هذا الأخذ[١]، والمظلوم لا يظلم غيره[٢].

قال[٣]: إلا أن يكون[٤] ضمنه عند الدفع[٥]؛ لأن المأخوذ ثانيًا مضمون عليه[٦] فى زعمهما[٧]، وهذا كفالة أضيفت إلى حالة القبض[٨]، فتصح[٩] بمنزلة الكفالة[١٠] بما ذاب[١١] له على فلان، ولو كان الغريم لم يصدقه[١٢] على الوكالة، ودفعه[١٣] إليه على ادعاءه[١٤]، فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل، لأنه[١٥] لم يصدقه فى الوكالة، وإنما دفعه[١٦] إليه على رجاء الإجازة[١٧]،

---

(٢٢) الوكيل.

(٢٣) المديون.

(٢٤) الوكيل.

(٢٥) قوله: "لأنه [المديون] بتصديقه إلخ" فإن قيل: هذا الوجه يقتضى أن لا يرجع عليه إذا كانت العين فى يده باقية أيضًا، فالجواب أن العين إذا كانت باقية أمكن نقض قبضه، فيرجع بنقضه، إذ لم يحصل غرضه من التسليم، وأما إذا هلكت فلم يمكن نقضه، فلم يرجع عليه. (ع)

(٢٦) الوكيل.

(٢٧) المديون.

(١) أى أخذ رب الدين ثانيًا.

(٢) قوله: "والمظلوم لا يظلم إلخ" فلا يأخذ من الوكيل بعد الهلاك، لأن الوكيل فى زعمه محق فى قبض الدين عنه، وبعد ما هلك المدفوع الأخذ منه ظلم. (عينى)

(٣) قوله: "قال" أى المصنف فى البداية إلا أن يكون ضمنه عند الدفع، أى عند دفع المال إلى الوكيل، وهذا ستثناء من قوله: لم يرجع عليه. (نت)

(٤) المديون.

(٥) قوله: "ضمنه [أى الوكيل] عند الدفع" وصورة التضمين أن يقول الغريم للوكيل: نعم، أنت وكيل، ولكن لا آمن أن يحضر الطالب ويجحد وكالتك، ويأخذ منى ثانيا، ويصير ذلك دينا لى عليه باتفاق بينى وبينك، فهل أنت كفيل عنه بما يأخذ منى؟ فقبل صح وصار كفيلا. (ك)

(٦) رب الدين.

(٧) أى الوكيل والمديون.

(٨) أى قبض رب الدين ثانيًا. (ك)

(٩) الكفالة.

(١٠) قوله: "بمنزلة الكفالة إلخ" وجه المشابهة بين المسألتين كون كل واحدة منهما كفالة أضيفت إلى حال وجوب فى المستقبل على المكفول عنه. (نت)

(١١) أى يذوب، ثبت.

(١٢) يعنى ولم يكذبه أيضًا بل كان ساكتًا لأن فرع التكذيب يجيء. (ع)

(١٣) الغريم المال.

(١٤) التوكيل.

فإذا انقطع رجاءه رجع عليه[١]، وكذا[٢] إذا دفعه[٣] إليه على تكذيبه إياه فى الوكالة، وهذا أظهر[٤] لما قلنا[٥]. وفى الوجوه كلها[٦] ليس له[٧] أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب، لأن المؤدى صار حقًا للغائب إما ظاهرًا[٨] أو محتملا[٩]، فصار كما إذا دفعه[١٠] إلى فضولى على رجاء الإجازة[١١] لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة، ولأن من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه. ومن[١٢] قال: إنى وكيل بقبض الوديعة، فصدقه المودع[١٣] لم يؤمر[١٤]

---

(١٥) الغريم.

(١٦) أى إجازة رب المال.

(١٧) قوله: "رجع عليه [أى الغريم]" لا يقال: بأن الدفع إذا كان على رجاء الإجازة كان المدفوع إليه فضوليا، فيكون المدفوع أمانة فى يده، فلا يكون ضامنًا لأن المدفوع إليه يقبضه ليكون أمانة عنده من جهة المديون، وإنما يقبضه ليكون أمانة من جهة الطالب، فلا يمكن اعتبار الأمانة من جهة المديون. (ك)

(١) الوكيل.

(٢) أى رجع الغريم على الوكيل.

(٣) أى المال.

(٤) قوله: "وهذا أظهر" أى جواز الرجوع فى صورة التكذيب أظهر منه فى الصورتين الأولين، وهو التصديق مع التضمين، والسكوت، لأنه إذا كذبه صار الوكيل فى حقه بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجو ع على الغاصب. (عينى)

(٥) إشارة إلى قوله: إنما دفعه إليه على رجاء إلخ [أى دليل الرجو ع. نت]. (ع)

(٦) قوله: "وفى الوجوه كلها" وهى الوجوه الأربعة، وهى دفعه مع التصديق من غير تضمين، ودفعه بالتصديق مع التضمين، ودفعه ساكتًا من غير تكذيب ولا تصديق، ودفعه مع التكذيب. (ك)

(٧) أى الغريم.

(٨) أى فى حالة التصادق. (ك)

(٩) أى فى حالة التكاذب. (ك)

(١٠) الدين الذى عليه.

(١١) من رب الدين.

(١٢) هذا لفظ القدورى. (نت)

(١٣) قوله: "فصدقه المودع إلخ" ثم إن الوجوه الأربعة المذكورة فى الوكيل بقبض الدين واردة فى الوكيل بقبض الوديعة أيضًا فإنه قال فى "المبسوط": وإذا قبض رجل وديعة رجل فقال رب الوديعة: ما وكلتك وحلف على ذلك، وضمن ماله المستودع رجع المستودع بالمال على القابض إن كان عنده بعينه، لأنه ملكه بأداء الضمان، وإن قال: هلك منى، أو دفعته إلى الموكل فهو على التفصيل الذى قلنا: إن صدقه المستودع فى الوكالة لم يرجع عليه بشىء، وإن كذبه، أو لم يصدقه ولم يكذبه، أو صدقه، وضمنه كان له أن يضمنه. (نت)

(١٤) قوله: "لم يؤمر إلخ" ولو سلم مع هذا ثم أراد الاسترداد هل له ذلك؟ ذكر شيخ الإسلام علاء الدين فى "شرح الجامع" أنه لا يملك الاسترداد، لأنه ساع فى نقض ما أوجبه، وقال أيضًا: وإذا لم يؤمر المودع بالتسليم، ولم يسلم حتى ضاعت فى يده بل يضمن قيل: لا يضمن، وكان ينبغى أن يضمن، لأن المنع من وكيل المودع فى زعمه بمنزلة المنع من المودع، والمنع من المودع يوجب الضمان، فكذا من وكيله. (ك)

بالتسليم إليه ؛ لأنه[١] إقرار بمال الغير[٢] بخلاف الدين[٣]، ومن ادعى[٤] أنه مات أبوه، وترك الوديعة ميراثا له لا وارث له غيره، وصدقه المودع أمر بالدفع إليه، لأنه لا يبقى ماله[٥] بعد موته، فقد اتفقا على أنه مال الوارث[٦]. ولو ادعى[٧] أنه اشترى الوديعة من صاحبها، فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه[٨]، لأنه[٩] مادام حيًّا كان[١٠] إقرارًا بملك الغير، لأنه[١١] من أهله[١٢]، فلا يصدقان[١٣] في دعوى البيع عليه[١٤].

قال[١٥]: فإن وكل وكيلا بقبض ماله[١٦]، فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه[١٧] يدفع المال إليه ؛ لأن الوكالة[١٨] قد ثبتت بالتصادق، والاستيفاء لم

---

(١) أى لأن تصديقه.

(٢) لأن الوديعة مال الغير. (ك)

(٣) قوله: "بخلاف الدين [حيث يؤمر هناك بالتسليم إليه]" لأن ما يقضيه المديون خالص ماله، لأن الديون تقضى بأمثالها، فكان ما أداه المديون مثل مال رب الدين لا عينه، فكان تصديقه إقرارا على نفسه بأداء المال، ومن أقر على نفسه بالمال يجبر على الأداء. (ك)

قوله: "بخلاف الدين" أى بخلاف ما إذا صدق الوكيل بقبض الدين.

(٤) قوله: "ومن ادعى [ذكره المصنف تفريعًا على مسألة القدورى. نت]" هذه المسألة، وكذا التى بعدها ليستا من مسائل باب الوكالة، ولكنه لما ذكر سابقًا مسألة ادعاء الوكالة بقبض الوديعة أوردهما عقيبها لمناسبة ما، ولا حرج فيه. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٥) قوله: "لأنه لايبقى ماله [أى مال المودع -بالكسر-]" -بالنصب- هكذا معرب بإعراب شيخى، أى لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته، أى منسوبًا إليه ومملوكًا له، وكان انتصابه على تأويل الحال، كما فى كلمته: فاه إلى فى، أى مشافهًا إياه.(ن)

(٦) قوله: "فقد اتفقا [أى المدعى والمودع -بالفتح-] على أنه مال الوارث" فلا بد من الدفع إليه، قال صاحب "التسهيل": أقول: فيه إقرار على الغير بالموت، فينبغى أن لا يؤمر بالدفع، حتى يثبت موته عند القاضى، انتهى. (نت)

(٧) ذكرها المصنف تفريعًا على مسألة القدورى. (نت)

(٨) المدعى.

(٩) أى لأن المودع -بالكسر-.

(١٠) هذا التصادق.

(١١) أى لأن المودع بالكسر.

(١٢) الملك.

(١٣) أى المودع -بالفتح- والمدعى.

(١٤) أى على المودع -بالكسر-.

(١٥) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٦) وأقام الوكيل البينة عليه. (جامع صغير)

(١٧) الغريم.

(١٨) قوله: "لأن الوكالة" قد ثبتت يعنى بالبينة، لأن وضع المسألة كذلك. (ع)

يثبت بمجرد دعواه[١]، فلا يؤخر[٢] الحق[٣]، قال[٤]: ويتبع[٥] رب المال فيستحلفه[٦] رعاية لجانبه، ولا يستحلف[٧] الوكيل؛ لأنه نائبه[٨].

قال[٩]: ومن وكله بعيب[١٠] في جارية، فادعى البائع رضا المشترى[١١] لم يرد[١٢] عليه[١٣] حتى يحلف المشترى[١٤] بخلاف مسألة الدين؛ لأن التدارك ممكن هنالك[١٥] باسترداد ما قبضه الوكيل[١٦]، إذا ظهر الخطاء عند نكوله[١٧]، وفى الثانى غير ممكن لأن القضاء بالفسخ ماضٍ على الصحة[١٨] وإن[١٩] ظهر الخطاء عند أبى حنيفة كما هو مذهبه[٢٠]، ولا يستحلف المشترى عنده[٢١] بعد ذلك[٢٢]، لأنه[٢٣] لا

(١) الغريم.

(٢) أى تحليف رب الدين. (ع)

(٣) أى حق القبض. (نت)

(٤) أى محمد.

(٥) الغريم.

(٦) رب المال، فإن حلف مضى الأداء، وإن نكل يتبع الغريم القابض، فيسترد ما قبضه. (نت)

(٧) أى الغريم، أى بأنه ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين.

(٨) قوله: "لأنه نائبه" يعنى أن المطلوب يدعى حقا على الموكل لا على الوكيل، فلو حلفنا الوكيل لحلفناه بطريق النيابة، والنيابة لا تجرى فى اليمين. (ك)

(٩) أى محمد. (عينى)

(١٠) أى برد جارية بسبب عيب. (نت)

(١١) بالعيب.

(١٢) الوكيل.

(١٣) البائع.

(١٤) قوله: "حتى يحلف المشترى" يعنى لا يقضى القاضى بالرد عليه حتى يحضر المشترى، ويحلف على أنه لم يرض بالعيب، بخلاف ما مر من مسألة الدين حيث يؤمر الغريم بدفع الدين إلى الوكيل قبل تحليف رب الدين. (نت)

(١٥) أى فى مسألة الدين. (ك)

(١٦) قوله: "باسترداد إلخ" إذ القضاء لم ينفذ باطنًا لأنه ما قضى إلا بمجرد التسليم، فكان كالقضاء بالأملاك المرسلة. (ك)

(١٧) أى نكول رب الدين عن اليمين على أنه لم يستوف الدين.

(١٨) قوله: "ماضٍ على الصحة" لأن قضاء القاضى فى العقود والفسوخ ينفذ ظاهراً وباطنًا عند أبى حنيفة، ومتى نفذ القضاء بالفسخ ظاهراً وباطنًا لا يكون للبائع أن يستحلف المشترى إذا حضر على الرضاء، لأنه لا فائدة إن نكل. (ك)

(١٩) الواو وصلية.

(٢٠) الإمام.

(٢١) الإمام.

(٢٢) أى بعد أن مضى القضاء بالفسخ. (نت)

يفيد. وأما عندهما قالوا: يجب أن يتحد الجواب على هذا[١] فى الفصلين، ولا يؤخر[٢]، لأن التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء، وقيل: الأصح عند أبى يوسف رح أن يؤخر[٣] فى الفصلين[٤]، لأنه يعتبر النظر[٥]، حتى يستحلف المشترى لو كان حاضراً من غير دعوى البائع، فينتظر للنظر.

قال[٦]: ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم لينفقها على أهله، فأنفق عشرة عليهم من عنده فالعشرة بالعشرة[٧]؛ لأن الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء، والحكم فيه ما ذكرناه[٨]، وقد قررناه[٩]، فهذا[١٠] كذلك.

وقيل: هذا استحسان، وفى القياس ليس له ذلك[١١]، ويصير متبرعًا[١٢]،

---

(٢٣) قوله: "لأنه" أى لأن الاستحلاف لا يفيد فإنه لما مضى الفسخ، ولا يرد بالنكول لم يبقَ فى الاستحلاف فائدة.(نت)

(١) قوله: "يجب أن يتحد الجواب على هذا" أى على هذا الأصل المذكور فى الفصلين، فصل الجارية، وفصل الدين، فيدفع الدين كما تقدم، وترد الجارية، ولا يؤخر إلى تحليف المشترى، لأن عدم التأخير إلى تحليف رب الدين إنما يكون لكون التدارك ممكنًا عند ظهور الخطاء، وذلك موجود فى صورة الجارية، لأن قضاء القاضى فى مثل ذلك نافذ ظاهراً لا باطنًا، فإذا ظهر خطأ القضاء عند نكول المشترى ردت الجارية على المشترى، فلا يؤخر إلى التحليف. (ع)

(٢) القضاء بالرد.

(٣) الرد.

(٤) أى فصل الرد بالعيب، وفصل الدين.

(٥) قوله: "لأنه يعتبر النظر [أى نظر المديون والبائع] إلخ" يعنى أن من مذهبه أن القاضى لا يرد المبيع على البائع إذا كان المشترى حاضراً، وأراد الرد ما لم يستحلفه بالله ما رضيت بهذا العيب، وإن لم يدع البائع، فإذا كان المشترى غائبًا لا يرد عليه أيضًا، حتى يستحلف صيانة للقضاء عن البطلان، ونظراً للبائع والمديون، فصار عنه روايتان، رواية مثل قول محمد، وفى رواية يؤخر فيهما. (ك)

(٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(٧) قوله: "فالعشرة بالعشرة" أى العشرة التى أنفقها الوكيل من عند نفسه بمقابلة العشرة التى أخذها من الموكل، أى لا يكون متبرعًا. (ك)

(٨) من رجوع الوكيل على الموكل بما أدى من الثمن. (ع)

(٩) قوله: "وقد قررناه" يعنى فى باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله: وإذا دفع الوكيل إلخ. (ع)

(١٠) قوله: "فهذا" أى ما نحن فيه من التوكيل بالإنفاق كذلك، لأن الوكيل بشراء ما يحتاج إليه الأهل قد يضطر إلى شراء ما يصلح لنفقتهم، ولم يكن مال الموكل معه فى تلك الحالة، فيحتاج إلى أن يؤدى ثمنه من مال نفسه، فكان فى التوكيل بذلك تجويز الاستبدال. (ع)

(١١) أى المقاصة.

(١٢) قوله: "ويصير متبرعًا" أى فيما أنفق من ماله، ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه، وإن استهلكها ضمن، لأن الدراهم تتعين فى الوكالات، حتى لو هلكت قبل الإنفاق بطلت الوكالة، فإذا أنفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمره، فيكون متبرعًا. (عينى)

وقيل: القياس والاستحسان فى قضاء الدين[١]، لأنه ليس بشراء، وأما الإنفاق[٢] يتضمن الشراء، فلا يدخلانه[٣]، والله أعلم.

باب[٤] عزل الوكيل

قال[٥]: وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة، لأن الوكالة حقه، فله أن يبطله إلا إذا تعلق به[٦] حق الغير، بأن كان[٧] وكيلا[٨] بالخصومة بطلب من جهة الطالب[٩]، لما فيه من إبطال حق الغير[١٠]، وصار كالوكالة[١١] التى تضمنها عقد الرهن[١٢].

---

(١) قوله: "فى قضاء الدين" هو أن يدفع المديون إلى رجل ألفا، ويوكله بقضاء دينه بها فيدفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضاء منه، فإنه فى القياس متبرع، حتى إذا أراد المأمور أن يحبس الألف الذى دفع إليه لا يكون له، وفى الاستحسان له ذلك لأنه ليس بشراء، هو دليل القياس، أى لأنه لما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الآمر راضياً بثبوت الدين فى ذمته للوكيل، فلو لم تجعله متبرعاً لألزمناه ديناً لم يرض به، فجعلناه متبرعاً قياساً. (عينى)

(٢) قوله: "وأما الإنفاق إلخ" يعنى أما مسألة الإنفاق فرضى الآمر بثبوت الدين فى ذمته للوكيل، بأنه أمره بالإنفاق، والأمر بالإنفاق أمر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين تلك الدراهم المدفوعة إليه بل يتعلق بمثلها فى الذمة، ثم يثبت به حق الرجوع على الآمر، فكان راضياً بثبوت الدين، فلم يجعل متبرعاً قياساً أيضاً. (عينى)

(٣) أى القياس والاستحسان.

(٤) قوله: "باب" أخر باب العزل إذ العزل يقتضى سبق الثبوت، فناسب ذكره آخراً. (نت)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) أى بالوكالة.

(٧) أى الوكيل.

(٨) من المدعى عليه.

(٩) قوله: "بطلب من جهة الطالب" قيد بالطلب، لأنه لو لم يكن بالطلب يملك الموكل عزله سواء كان الخصم حاضراً، أوغائباً، وبكون الطلب من جهة الطالب، لأنه لو كان من جهة المطلوب أى المدعى عليه ووكل الطالب، فله عزله عند غيبة المطلوب، لأن الطالب بالعزل يبطل حق نفسه، إذ خصومة الوكيل حق الطالب لقيامه مقام الطالب، وخصومة الطالب بنفسه حقه، فكذا خصومة من قام مقامه. (كفاية)

(١٠) قوله: "لما فيه [أى فى العزل] من إبطال حق الغير [الطالب]" وهو أن يحضره مجلس الحكم ويخاصمه، ويثبت حقه عليه، فلو صح عزله عند غيبة الطالب يبطل هذا الحق أصلا، لأنه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل، وربما يغيب المطلوب قبل أن يحضر الطالب، فلا يمكنه الخصومة معه أيضاً، بخلاف ما إذا كان الطالب حاضراً فإن: حقه لا يبطل أصلا، لأنه إن لم يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع المطلوب، ويمكنه أن يطلب منه وكيلا آخر. (ك)

(١١) قوله: "وصار [أى الوكيل الذى كان يطلب من جهة الطالب. نت] كالوكالة إلخ" أى فى تعلق حق الغير بوكالة الوكيل، وبطلان حق ذلك الغير عند صحة العزل، إلا أن الموكل فى الرهن لا يملك عزله أصلا، إذا لم يرض المرتهن به، والمطلوب يملك عزله عند حضرة الطالب، وإن لم يرض به الطالب لأنه لا يبطل حقه حينئذ، لأنه يمكنه أن يخاصم المطلوب، وفى الرهن لو صح العزل حال حضرة المرتهن يبطل حقه فى البيع أصلا، لأنه لا يمكنه أن يطالب الراهن بالبيع. (ك)

(١٢) قوله: "كالوكالة التى تضمنها عقد الرهن" بأن وضع الرهن على يدى عدل وشرط فى الرهن أن يكون العدل مسلطاً على البيع، ثم أراد الراهن أن يعزل العدل عن البيع لا يصح، وإن كان بحضرة المرتهن ما لم يرض به. (عينى)

قال[١]: فإن لم يبلغه[٢] العزل[٣]، فهو على وكالته، وتصرفه جائز حتى يعلم[٤]؛ لأن في العزل إضرارًا به[٥] من حيث إبطال ولايته[٦]، أو من حيث رجوع الحقوق إليه، فينقد من مال الموكل[٧]، ويسلم المبيع[٨] فيضمنه[٩]، فيتضرر به، ويستوى الوكيل بالنكاح وغيره[١٠] للوجه الأول[١١]، وقد ذكرنا اشتراط العدد[١٢]، أو العدالة في المخبر[١٣]، فلا نعيده.

قال[١٤]: ويبطل الوكالة بموت الموكل[١٥]، وجنونه جنونًا مطبقًا[١٦]، ولحاقه بدار الحرب مرتدًا؛ لأن التوكيل تصرف غير لازم[١٧]، فيكون لدوامه[١٨] حكم ابتداءه، فلا

---

(١) أي القدورى فى "مختصره". (نت)

(٢) الوكيل.

(٣) أي عزل الموكل إياه.

(٤) الوكيل عزله.

(٥) أي الوكيل.

(٦) قوله: "من حيث إبطال ولايته [من غير علمه]" وفى إبطال ولايته تكذيبه، لأن الوكيل لما زوج لموكله، أو طلق امرأته، أو باع أو اشترى له على ادعاء أنه وكيله، ثم لو صح عزله من غير علم الوكيل كان تكذيبًا للوكيل فيما ادعى من الوكالة لبطلان ولايته على هذه التصرفات بالعزل، وفى تكذيب الإنسان فيما يقول ضرر عليه، وهذا المعنى عام شامل لجميع التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشراء. (ك)

(٧) إذا كان وكيلا بالشراء.

(٨) إذا كان وكيلا بالبيع.

(٩) أي ما نقد من الثمن، وما سلم من البيع على تقدير صحة العزل. (ك)

(١٠) كالوكيل بالطلاق والعتاق. (ك)

(١١) قوله: "للوجه الأول" وهو أن فى العزل إضرارًا من حيث إبطال ولايته. (ك)

(١٢) قوله: "وقد ذكرنا اشتراط العدد [أى رجلان أو رجل وامرأتان] إلخ" أى فى فصل القضاء بالمواريث فى كتاب أدب القاضى فى قوله: ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان إلخ. (ع)

(١٣) بالعزل.

(١٤) أي القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٥) قوله: "ويبطل الوكالة إلخ" قد تقدم أن من الوكالة ما يجوز للموكل فيه أن يعزل من غير توقف على رضى أحد، ومنها ما لا يجوز ذلك فيه إلا برضى الطالب، ففى الأول يبطل الوكالة إلخ.

وفى الثانى لا تبطل، لأن التوكيل فى هذا النوع صار لازما لتعلق حق الغير به، فلا يكون لدوامه حكم ابتداءه، فلا يلزم بقاء الأمر، وكلام المصنف عن بيان التقسيم ساكت، وهو مما لا بد منه. (ع)

(١٦) دائمًا.

(١٧) قوله: "تصرف غير لازم" إذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على التراضى من الجانبين، وههنا ليس كذلك، لأن كلا منهما منفرد فى فسخها، فإن للوكيل أن يمنع نفسه عن الوكالة، وللموكل أن يمنع الوكيل عنها. (ع)

(١٨) قوله: "فيكون لدوامه" وإنما كان كذلك، لأن التصرف إذا كان غير لازم كان المتصرف فى كل لحظة من

بد من قيام الأمر[١]، وقد بطل[٢] بهذه العوارض[٣]، وشرط أن يكون الجنون مطبقًا، لأن قليله[٤] بمنزلة الإغماء[٥]. وحد المطبق شهر عند أبي يوسف[٦]، اعتبارًا بما يسقط به الصوم[٧]، وعنه[٨] أكثر من يوم وليلة، لأنه يسقط به الصلوات الخمس، فصار كالميت. وقال محمد: حول كامل، لأنه يسقط به جميع العبادات[٩]، فقدر به[١٠] احتياطًا. قالوا[١١]: الحكم المذكور في اللحاق قول أبي حنيفة رح؛ لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده، فكذا وكالته[١٢]، فإن أسلم[١٣] نفذ، وإن قتل، أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة، فأما عندهما تصرفاته[١٤] نافذة، فلا يبطل وكالته، إلا أن يموت أو يقتل على ردته، أو يحكم بلحاقه[١٥]، وقد مر في السير[١٦]، وإن كان الموكل امرأة، فارتدت فالوكيل على وكالته[١٧]، حتى تموت، أو تلحق بدار

لحظات دوام التصرف يستبد من النقض والفسخ،، فلما لم يفسخ بطل امتناعه عن الفسخ عند إمكانه بمنزلة ابتداء تصرف آخر من جنسه، وأما إذا كان التصرف لازما لا يتأتى هذا المعنى، لأن التصرف لا يتمكن في كل لحظة من الفسخ، فلا يجعل امتناعه عن العزل بمنزلة الابتداء. (ك)

(١) أي أمر الموكل بالتوكيل في كل ساعة.

(٢) قوله: "وقد بطل إلخ" فإن قيل: البيع بالخيار غير لازم، ومع ذلك لا يبطل البيع بالموت، بل يتقرر البيع، ويبطل الخيار. قلنا: الأصل في البيع اللزوم، وعدم اللزوم بسبب العارض، وهو الخيار، فإذا مات تقرر الأصل، وبطل العارض. (ك)

(٣) من الموت والجنون والارتداد. (ك)

(٤) أي الجنون، وكثيره كالموت.

(٥) فلا يبطل به الوكالة.

(٦) وأبي حنيفة في رواية أبي بكر الرازي.

(٧) أي صوم شهر رمضان.

(٨) أي عن أبي يوسف. (نت)

(٩) قوله: "لأنه يسقط به جميع العبادات" كالصوم والصلاة والزكاة، أما ما دون الحول فلا يمنع وجود الزكاة، فلا يكون في معنى الموت. (ك)

(١٠) الحول.

(١١) المشايخ.

(١٢) الموقوفة.

(١٣) المرتد.

(١٤) المرتد.

(١٥) قوله: "أو يحكم بلحاقه [حتى يستقر أمر اللحاق. ع]" أي يحكم الحاكم بلحاقه، لأن لحاقه لا يثبت إلا بحكم الحاكم، فإذا حكم به بطلت الوكالة. (زيلعي)

(١٦) قوله: "وقد مر في السير" أي مر كون تصرف المرتد موقوفًا عند أبي حنيفة نافذا عندهما مع ما ذكر من دليل الطرفين، مستوفى في باب أحكام المرتدين من كتاب السير. (نت)

(١٧) قوله: "فالوكيل [أي بالإجماع. نت] على وكالته [ما خلا التوكيل بالتزويج، فإن ردتها مخرج الوكيل به

الحرب، لأن ردتها لا تؤثر[١] في عقودها على ما عرف[٢].

قال[٣]: وإذا وكل المكاتب[٤]، ثم عجز، أو المأذون له، ثم حجر عليه، أو الشريكان[٥]، فافترقا، فهذه الوجوه[٦] تبطل الوكالة على الوكيل علم[٧] أو لم يعلم؛ لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر، وقد بطل بالحجر[٨] والعجز[٩] والافتراق[١٠]، ولا فرق بين العلم[١١] وعدمه، لأن هذا عزل حكمى، فلا يتوقف[١٢] على العلم[١٣] كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل[١٤].

قال[١٥]: وإذا مات الوكيل، أو جن جنونًا مطبقًا بطلت الوكالة؛ لأنه لا يصح[١٦] أمره[١٧] بعد جنونه وموته.

وإن لحق[١٨] بدار الحرب مرتدًا لم يجز له التصرف[١٩] إلا أن يعود[٢٠] مسلمًا[٢١]

من الوكالة. عناية]" مراده أن تصرف الوكيل نافذ قبل موت موكلته المرتدة، أو لحوقها بدار الحرب بالإجماع، بخلاف ما إذا كان الموكل رجلا فارتد، فإن تصرف الوكيل ليس بنافذ هناك عند أبي حنيفة بعد ارتداد موكله، بل هو موقوف عنده على ما مر بيانه، وأما بطلان الوكالة فلا يتحقق فى الصورتين معًا، قبل الموت واللحوق بدار الحرب. (نتائج)

(١) لأنها لا تقتل. (نت)

(٢) فى السير. (نت)

(٣) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٤) بالبيع أو الشراء.

(٥) قوله: "أو الشريكان" أى أحد الشريكين فافترقا، يعنى به أنه يبطل الوكالة فى حق الشريك الآخر الذى لم يوجد منه التوكيل صريحًا، وإنما صار وكيلا عنه بالشركة، فلما افترقا لم يبقَ وكيلا عنه، إما يبقى وكيلا فى حق الآخر، وينبغى أن لا يعزل فيما إذا وكل الشريكان صريحًا بافتراقهما. (كفاية)

(٦) أى عجز المكاتب أو الحجر على المأذون له، وافتراق الشريكين.

(٧) الوكيل.

(٨) فى المأذون له.

(٩) فى المكاتب.

(١٠) فى الشريكين.

(١١) أى علم الوكيل.

(١٢) كالموت.

(١٣) إذ العلم شرط للعزل القصدى لا للعزل الحكمى. (نت)

(١٤) قوله: "إذا باعه" أى إذا باع المبيع الموكل حيث يصير الموكل معزولا حكما لفوات محل تصرف الوكيل. (عينى)

(١٥) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٦) قوله: "لأنه لا يصح إلخ" فلو جن ساعة، ثم أفاق فهو على وكالته، وجعل هذا كالنوم. (عينى)

(١٧) قوله: "أمره" الأمر مصدر مضاف إلى المفعول، ومعناه الأمر الذى كان مأمورًا به لم يبقَ صحيحًا، وإنما عبر عنه بذلك لما ذكرنا من أن لدوامه حكم ابتداءه. (ع)

(١٨) أى الوكيل.

(١٩) قوله: "لم يجز التصرف [فيما وكل به. ع] إلخ" هذا إذا حكم القاضى بلحاقه بدار الحرب، وذكر شيخ

قال[١]: وهذا[٢] عند محمد، فأما عند أبى يوسف لا يعود الوكالة[٣]. لمحمد أن الوكالة إطلاق، لأنه رفع المانع[٤]، أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به[٥]، وإنما عجز[٦] بعارض اللحاق لتباين الدارين[٧]، فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلا.

ولأبى يوسف أنه[٨] إثبات[٩] ولاية التنفيذ، لأن ولاية أصل التصرف بأهليته[١٠]، وولاية التنفيذ بالملك[١١]، وباللحاق[١٢] لحق بالأموات[١٣]، وبطلت الولاية، فلا تعود كملكه فى أم الولد والمدبر[١٤]، ولو عاد الموكل مسلمًا، وقد[١٥] لحق بدار الحرب مرتدًا[١٦]، لا تعود الوكالة فى الظاهر[١٧].

الإسلام فى "المبسوط": وإن لحق الوكيل بدار الحرب مرتدًا، فإنه لا ينعزل عن الوكالة عندهم جميعًا ما لم يقض القاضى بلحاقه. (ك)

(٢٠) من دار الحرب إلى دار الإسلام.

(٢١) فيعود وكيلا.

(١) أى المصنف.

(٢) أى جواز تصرف الوكيل عند عوده مسلمًا.

(٣) وإن عاد مسلمًا.

(٤) قوله: "لأنه رفع المانع" ومعناه أن الوكيل كان ممنوعًا أن يتصرف فى شىء لموكله، فإذا وكله رفع المانع. (ع)

(٥) كالحرية والعقل والبلوغ.

(٦) عن التصرف. (ع)

(٧) دار الإسلام ودار الحرب.

(٨) أى التوكيل.

(٩) قوله: "إثبات" أى تمليك ولاية التنفيذ فإن الوكيل إنما يملك تنفيذ تصرفه، وعلى موكله بالوكالة. (عناية) حاصله أن الوكيل له ولايتان، ولاية أصل التصرف، وولاية التنفيذ، والأولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده، والثانية غير ثابتة قبله، وإنما حدثت بعده، ولم يتجدد عليه شىء سوى التوكيل، فكانت ثابتة به.

(١٠) بالعقل والبلوغ والحرية.

(١١) قوله: "وولاية التنفيد بالملك [وكان الوكيل مالكًا للتنفيذ بالوكالة]" أى تمليك ولاية التنفيذ ملصق بالملك، لأن التمليك بلا ملك غير متحقق. (عناية)

(١٢) بدار الحرب.

(١٣) والميت ليس بأهل للملك.

(١٤) قوله: "كملكه [المرتد] إلخ" يعنى يعتق أم ولده ومدبره بالقضاء بلحاقه، وبعوده مسلمًا لا يعود ملكه فيهما، ولا يرتفع العتق، فكذا الوكالة التى بطلت لا تعود. (عينى)

(١٥) الواو حالية.

(١٦) وقضى القاضى باللحاق. (ك)

(١٧) أى ظاهر الرواية.

وعن محمد أنها تعود[١]، كما قال[٢] في الوكيل[٣]، والفرق له على الظاهر[٤] أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك، وقد زال، وفي حق الوكيل على معنى قائم به، ولم يزل باللحاق.

قال[٥]: ومن وكل آخر بشيء[٦]، ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة، وهذا اللفظ ينتظم[٧] وجوهًا[٨] مثل أن يوكله بإعتاق عبده، أو بكتابته، فأعتقه، أو كاتبه الموكل بنفسه، أو يوكله[٩] بتزويج امرأة[١٠]، أو بشراء شيء[١١]، ففعله بنفسه[١٢]، أو يوكل بطلاق[١٣]، فطلقها الزوج ثلاثًا، أو واحدةً[١٤]، وانقضت عدتها، أو بالخلع[١٥]، فخالعها[١٦] بنفسه، لأنه[١٧] لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل

---

(١) الوكالة.

(٢) محمد رح.

(٣) بأنه إذا عاد الوكيل مسلمًا تعود وكالته.

(٤) قوله: "والفرق له [أي محمد] إلخ" وأبو يوسف رح سوى بين عود الموكل مسلمًا وبين عود الوكيل مسلمًا بعد قضاء القاضي باللحوق حيث لا يقول بعود الوكالة في الفصلين. ومحمد فرق بينهما في الظاهر، والفرق له: أن الوكالة تعلقت بملك الموكل، وقد زال ملكه بردته ولحاقه، فبطلت الوكالة على البتات، فأما بردة الوكيل لم يزل ملك الموكل، فكان محل تصرف الوكيل باقيًا، لكنه عجز عن التصرف بعارض، فإذا زال العارض صار كان لم يكن.

وعن محمد أنه سوى بينهما، وقال: يعود وكيلا كما كان فيهما، لأن الموكل إذا عاد مسلمًا يعاد عليه ماله على قديم ملكه، وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه، فيعود الوكيل على وكالته. (ك)

(٥) أي القدوري في "مختصره".

(٦) من الإثباتات والإسقاطات. (ع)

(٧) يشمل.

(٨) كثيرة من المسائل.

(٩) أي يوكله بأن يزوجه امرأة.

(١٠) معينة.

(١١) معين.

(١٢) قوله: "ففعله بنفسه" أي فعل الموكل بنفسه بأن تزوجها بنفسه أو اشتراه بنفسه كان ذلك عزلا حتى لو أبانها بعد التزوج لم يكن للوكيل أن يزوجها منه لانقضاء الحاجة، بخلاف ما لو زوجها الوكيل، فأبانها فإن له أن يزوجها لموكله لبقاء الحاجة، وكذا لو اشتراه الموكل بنفسه وباعه، ثم اشتراه المأمور للآمر لم يجز. (ع)

(١٣) لزوجته.

(١٤) قوله: "ثلاثًا، أو واحدةً إلخ" إنما قيد بقوله: ثلاثًا أو واحدة، وانقضت عدتها لأنه إذا وكله بالطلاق، ثم طلقها بنفسه واحدةً، أو ثنتين بائنةً كانت أو رجعيةً، فإن له أن يطلقها ما دامت في العدة، والأصل فيه أن ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله كذلك. (ع)

(١٥) أي وكل بأن يخالع امرأته.

(١٦) الزوج.

التصرف، فبطلت الوكالة، حتى لو تزوجها بنفسه(١)، وأبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه(٢)، لأن الحاجة(٣) قد انقضت.

بخلاف ما إذا تزوجها(٤) الوكيل، وأبانها له(٥) أن يزوج الموكل لبقاء الحاجة(٦)، وكذا(٧) لو وكله ببيع عبده، فباعه بنفسه، فلو رُدّ عليه(٨) بعيب بقضاء القاضي(٩). فعن أبي يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه(١٠) مرة أخرى، لأن بيعه بنفسه منع له(١١) من التصرف، فصار كالعزل(١٢).

وقال محمد: له(١٣) أن يبيعه(١٤) مرة أخرى، لأن الوكالة باقية، لأنه إطلاق(١٥)، والعجز قد زال بخلاف ما إذا وكله(١٦) بالهبة(١٧)، فوهب بنفسه(١٨)، ثم رجع(١٩) لم

---

(١٧) متعلق بجميع ما ذكر. (ع)

(١) قوله: "حتى لو تزوجها بنفسه" أي تزوج المرأة التي وكل الرجل بأن يزوجها إياه. (عيني)

(٢) مرة ثانية.

(٣) في تزوجها.

(٤) أي المرأة التي وكل بتزويجه إياه.

(٥) الوكيل.

(٦) أي حاجة الموكل.

(٧) أي بطلت الوكالة.

(٨) قوله: "فلو رد [أي العبد] عليه إلخ" في الذخيرة: ولو أقاله المشتري فليس للوكيل أن يبيعه إن كانت الإقالة بعد القبض، لأنه بمنزلة الشراء الجديد في حق الثالث، وكذلك إن كانت الإقالة قبل القبض، لأن الأمر قد انتهى نهايته بالبيع، والمقصود من البيع هو الثمن، وإن فات لكن من جهة الموكل، وفوات المقصود من التصرفات من جهة المتصرف لا يلحق التصرف بالعدم. (ك)

(٩) قوله: "بقضاء القاضي" قيد بقوله: بقضاء القاضي، لأن الموكل إذا قبله بالعيب بعد البيع بغير قضاء، فليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى بالإجماع لأنه كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين، والوكيل غيرهما، فكان في حق الوكيل كأن الموكل اشتراه. (ع)

(١٠) أي العبد.

(١١) أي الوكيل.

(١٢) صريحًا.

(١٣) أي الوكيل.

(١٤) أي العبد.

(١٥) قوله: "لأنه إطلاق [وهو باقٍ]" أي لأن التوكيل إطلاق للتصرف، ولم يوجد العزل صريحًا، وكان ممنوعًا بعارض يعجزه عن ذلك، والعجز قد زال، فلا يمنع الوكيل عن بيعه مرة أخرى. (عيني)

(١٦) قوله: "بخلاف ما إذا وكله إلخ" يتعلق بقوله: وقال محمد رح: له أن يبيعه مرة أخرى. (ك)

(١٧) أي بأن يهب عبده من فلان.

(١٨) قوله: "فوهب بنفسه" ليس بقيد لأنه لو وكله بأن يهب عبده، فوهبه الوكيل، ثم رجع الموكل في هبته لم

يكن للوكيل أن يهب ثانيًا، لأنه[١] مختار في الرجوع، فكان[٢] دليل عدم الحاجة[٣]، أما الرد[٤] بقضاء بغير اختياره، فلم يكن[٥] دليل زوال الحاجة[٦]، فإذا عاد إليه قديم ملكه كان له[٧] أن يبيعه[٨]، والله أعلم.

***

يكن للوكيل أن يهبه مرة أخرى. (كفاية)

(١٩) عن هبته.

(١) الواهب.

(٢) الرجوع.

(٣) أي إلى الهبة، إذ لو كان محتاجًا لما رجع.

(٤) أي رد العبد بالعيب.

(٥) الرد.

(٦) إلى البيع.

(٧) أي الوكيل.

(٨) أي العبد.

فهرس المحتويات